

Dogmatik und Bedeutung der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeits- und Beamtenrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung
des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch
den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu
Münster (Westf.)
■

vorgelegt von
Ulrich Westermann
■

aus Bad Rothenfelde

1982
■



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552016_0002

Dogmatik und Bedeutung der allgemeinen
Fürsorge- und Treuepflicht im
Arbeits- und Beamtenrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung
des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch
den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu
Münster (Westf.)

vorgelegt von
Ulrich Westermann

aus Bad Rothenfelde
1982



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Achterberg
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Brox
Dekan:	Prof. Dr. Dr. Krawietz
Tag der mündlichen Prüfung:	2.7.1982

INHALTSVERZEICHNIS

	Literaturverzeichnis	S.	VIII
	Abkürzungsverzeichnis	S.	XXXIII
	Einleitung:	S.	1
	Aufgabenstellung und methodisches Vorgehen		
<u>.Teil:</u>	Die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht	S.	4
	Die Entwicklung der Fürsorge- und Treuepflicht bis zum Ende des zweiten Weltkrieges	S.	4
I	Die Zeit von der Entstehung des BGB bis zum Ende des ersten Weltkrieges	S.	4
1.	Die Fürsorgepflicht	S.	4
a)	Ihre Kodifizierung in den §§ 617 - 619 BGB und die Gründe dafür	S.	5
b)	Der allgemeine Inhalt der Fürsorgepflicht im BGB und den Spezialgesetzen	S.	7
c)	Die Fürsorgepflicht im Rahmen des Dienstvertragsrechts	S.	8
2.	Die Treuepflicht	S.	10
II	Die Zeit der Weimarer Republik	S.	10
III	Die Zeit des Nationalsozialismus	S.	12
1.	Das AOG - ein betriebsverfassungsrechtliches Gesetz als Schrittmacher für eine allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht	S.	12
2.	Die Weiterentwicklung auf der Grundlage des AOG	S.	14
a)	Sinn und Zweck des AOG aus der Sicht des Gesetzgebers	S.	14
b)	Die Entwicklung in der Literatur - das AOG als "Grundgesetz der Arbeit"	S.	15
c)	Die Entwicklung in der Rechtsprechung	S.	18
aa)	Die stufenweise Herausbildung einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht	S.	19
bb)	Die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht als Anspruchsgrundlage in besonderen Fällen	S.	21

B	Das Arbeitsverhältnis als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" mit besonderen Fürsorge- und Treuepflichten - Die vorherrschende Auffassung in den fünfziger und sechziger Jahren	S.	25
I	Die Auffassung in der Literatur	S.	26
II	Die Auffassung in der Rechtsprechung des BAG	S.	33
1.	Die Ausgangslage	S.	33
2.	Die Rechtsgrundlage einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht in der Rechtsprechung des BAG in den fünfziger und sechziger Jahren	S.	36
a)	§ 618 BGB	S.	37
b)	§ 242 BGB	S.	40
c)	Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis	S.	48
aa)	Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis als Begründung für das Abweichen von schuldrechtlichen Normen	S.	49
bb)	Stellungnahme und Zusammenfassung	S.	51
C	Die Kritik am Verständnis des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit besonderen Fürsorge- und Treuepflichten	S.	53
I	Die Kritik an der "Gemeinschaft" als Rechtsbegriff	S.	54
II	Die Kritik am Begriff "personenrechtliches" Verhältnis	S.	57
III	Der fehlende Gemeinschaftsgedanke des Arbeitsverhältnisses im soziologischen Sinn	S.	59
IV	Die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis als "Ideologie"	S.	61
D	Die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses	S.	64
I	Das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis	S.	65
II	Das Arbeitsverhältnis als Dienstverhältnis	S.	68

III	Das Arbeitsverhältnis als gegenseitiges Schuldverhältnis	S.	69
IV	Das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis	S.	72
V	Das Arbeitsverhältnis als Dauer-schuldverhältnis	S.	73
VI	Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?	S.	77
1.	Der Inhalt der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis	S.	78
2.	Die Auseinandersetzung mit dieser Lehre	S.	80
a)	Das die Persönlichkeit erfassende Rechtsverhältnis	S.	80
b)	Das personenrechtliche Verhältnis	S.	82
c)	Das Gemeinschaftsverhältnis	S.	85
d)	Die Parallelität mit der Gesellschaft	S.	92
3.	Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis als unabdingbare Voraussetzung der Fürsorge- und Treuepflicht - Darstellung und Kritik	S.	96
E	Die typischen Interessen der Arbeitsvertragsparteien	S.	102
I	Die Typus-Lehre	S.	104
II	Die Ermittlung der typischen Interessenlage im Arbeitsverhältnis anhand der Typus-Lehre	S.	109
1.	Die Existenzgrundlage	S.	109
2.	Der Einsatz der Person	S.	112
3.	Die Auswirkung der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als Dauer-schuldverhältnis auf die typische Interessenlage	S.	115
III	Die Pflichten des Arbeitgebers neben der Vergütungspflicht	S.	116
IV	Die Pflichten des Arbeitnehmers neben der Arbeitsleistung	S.	118

F	Die konkrete Bedeutung der Fürsorge- und Treuepflicht im heutigen Arbeitsrecht anhand besonderer, ausgewählter Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien	S.	121
I	Die mit der Fürsorgepflicht begründeten Rechte des Arbeitnehmers	S.	122
1.	Das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers bei sog. gefahr- oder schadensgeneigter Arbeit	S.	123
a)	Die Herleitung aus der Fürsorgepflicht	S.	127
b)	Die Kritik an dieser Herleitung unter Berücksichtigung der Risikotheorie	S.	130
2.	Der Urlaubsanspruch	S.	140
3.	Das betriebliche Ruhegeld	S.	147
4.	Der Lohnfortzahlungsanspruch	S.	153
5.	Zwischenergebnis	S.	157
II	Die mit der Treuepflicht begründeten Pflichten des Arbeitnehmers	S.	158
1.	Die Schweigepflicht	S.	158
2.	Das Verbot der Schmiergeldannahme	S.	160
3.	Die Schutzpflichten	S.	161
4.	Die Unterlassung von Wettbewerb während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses	S.	163
III	Die nachvertraglichen Pflichten beider Arbeitsvertragsparteien	S.	165
G	Ergebnis des 1. Teils	S.	172
<u>2. Teil:</u>	Fürsorge- und Treuepflicht im Beamtenrecht	S.	174
A	Einleitung	S.	174
B	Die allgemeine Treuepflicht im Beamtenrecht	S.	175
I	Die Rechtsgrundlage der allgemeinen Treuepflicht	S.	176
1.	Artikel 33 IV GG	S.	176
a)	Die Bedeutung der Formulierung "Angehörige des öffentlichen Dienstes"	S.	176

b)	Die Bedeutung des Begriffs "Treueverhältnis"	S.	178
2.	Artikel 33 V GG	S.	179
a)	Die Entstehungsgeschichte des Art. 33 V GG und die in seiner Ausführung ergangenen Beamtengesetze des Bundes und der Länder	S.	179
b)	Die Treuepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG	S.	181
aa)	Die Auffassung des Grundgesetzgebers	S.	183
bb)	Die vom Bundesverfassungsgericht ent- wickelten Kriterien	S.	186
(1)	Das Herkommen - Die Entwicklung der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht von den Anfängen bis zum Grundgesetz	S.	187
(a)	Fürst und Fürstendiener	S.	189
(b)	Der Spätabolutismus	S.	192
(c)	Der Konstitutionalismus	S.	197
(d)	Die Weimarer Republik	S.	207
(e)	Der Nationalsozialismus	S.	216
(f)	Zusammenfassung	S.	219
(2)	Die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht als Strukturprinzip des Berufsbeamtentums	S.	220
(a)	Das Wesen und die Aufgabe des Berufs- beamtentums im demokratischen Staat	S.	220
(b)	Das Verhältnis der allgemeinen Treuepflicht zum Berufsbeamtentum	S.	226
(aa)	Die Treue als metaphysisches Band zwischen Beamten und Staat	S.	227
(bb)	Die Treue als metaphysisches Band zwischen Beamten und Staatsidee	S.	230
(cc)	Die freiheitlich demokratische Grundordnung als "Gegenstand" der Bindung der Beamten	S.	233
II	Die konkrete Bedeutung der allge- meinen beamtenrechtlichen Treue- pflicht und ihr Inhalt	S.	235
1.	Die allgemeine Treuepflicht als Rechtsgrund neuer, bisher unbe- annter Beamtenpflichten	S.	238

a)	Die Schaffung neuer Beamtenpflichten durch den Dienstherrn allein	S.	239
aa)	Der Inhalt des besonderen Gewaltverhältnisses in seiner historischen Entwicklung	S.	240
bb)	Die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses unter der Geltung des Grundgesetzes	S.	242
(1)	Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis	S.	243
(2)	Das Beamtenverhältnis als Sonderstatusverhältnis	S.	245
b)	Die Schaffung neuer Beamtenpflichten durch den Gesetzgeber	S.	247
aa)	Die Theorie der praktischen Konkordanz	S.	249
bb)	Die Weiterentwicklung der Theorie der praktischen Konkordanz	S.	251
cc)	Die Intensität der Einschränkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis	S.	254
2.	Die Problematik der Generalklausel	S.	257
3.	Zusammenfassung	S.	259
C	Die allgemeine Fürsorgepflicht im Beamtenrecht	S.	261
I	Die Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht	S.	262
1.	Artikel 33 GG und die Beamtengesetze	S.	262
2.	Die Fürsorgepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG	S.	263
a)	Das Herkommen	S.	263
aa)	Fürst und Fürstendiener	S.	264
bb)	Der Spätabolutismus und der Konstitutionalismus	S.	264
cc)	Die Weimarer Republik	S.	267
dd)	Der Nationalsozialismus	S.	271
ee)	Zwischenergebnis	S.	272
b)	Die Fürsorgepflicht als Strukturprinzip des Berufsbeamtentums	S.	273

II	Die konkrete Bedeutung und der Inhalt der allgemeinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht	S.	276
1.	Die Ausgestaltung der Fürsorgepflicht	S.	277
a)	Die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber	S.	277
b)	Die Ausgestaltung auf der Ebene Dienstherr - Beamter	S.	279
aa)	Die Terminologie in der Generalklausel	S.	281
bb)	Die Bedeutung und Funktion der Generalklausel	S.	282
cc)	Die Generalklausel und Art. 33 V GG	S.	284
2.	Die Einzelpflichten aus dem Fürsorgegedanken im Beamtenrecht	S.	287
a)	Die Ableitung von Einzelpflichten aus dem Fürsorgegedanken und die Kritik daran	S.	287
b)	Die Schadensabwendungspflicht als besondere Ausprägung der Fürsorgepflicht	S.	290
3.	Zusammenfassung	S.	294
<u>3. Teil:</u>	Exkurs: Das Recht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst	S.	296
<u>4. Teil:</u>	Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	S.	301

LITERATURVERZEICHNIS

- Achterberg, Norbert Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadeneigter Arbeit, in:
AcP 164, 14 ff
- Achterberg, Norbert Theorie und Dogmatik des Öffentlichen Rechts
Ausgewählte Abhandlungen 1960 - 1980
Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 386, Berlin 1980
- Achterberg, Norbert Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, in:
JZ 1975, 713 ff
- Altheim, Michael Das Streikrecht der Beamten zur Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Forderungen
Diss.jur. Frankfurt/Main 1973
- Anschütz, Gerhard Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 14.Aufl., Berlin 1933
- Arbeitsgesetzbuchkommission Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht -
Herausgeber: Der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1977
- v.Arnim, Hans-Herbert Die Verfallbarkeit von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften,
Diss.jur. Heidelberg 1970
- von Baden, Prinz Max Erinnerungen und Dokumente
Berlin 1927
- Ballerstedt, Kurt Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts, in:
RdA 1976, 5 - 14
- Battis, Ulrich Bundesbeamtengesetz, Kommentar, München 1980
zitiert: Battis, BBG, § Anm.
- Becker-Schaffner, Reinhard Die gefahrgeneigte Arbeit im Dienst- und Arbeitsrechtsverhältnis
Diss.jur. Würzburg 1969

- Beitzke, Günter
Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, in:
Recht und Zeit, Heft 9
Schloß Bleckede a.d.Elbe 1948
- Benda, Ernst
Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als gesellschafts-politisches Problem
Göttingen 1966
- Birk, Rolf
Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht
Köln, Berlin, Bonn, München 1973
- Bleek, Wilhelm
Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg, Berlin 1972
- Blomeyer, Arwed
Allgemeines Schuldrecht
4.Aufl., Berlin und Frankfurt/Main, 1969
- Bluntschli, J.C.
Allgemeines Staatsrecht, Band II;
3.Aufl., München 1863
- Bobrowski, Paul/
Gaul, Dieter
Das Arbeitsrecht im Betrieb
Band I, 7.Aufl., Heidelberg 1979
- Bochalli, Alfred
Bundesbeamtengesetz
2.Aufl., München und Berlin 1958
- Böttcher, Reinhard
Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation
Berlin 1967,
Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 46
- Boldt, Gerhard
Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland
in: Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Mitgliedstaaten der EGKS, Luxemburg 1965, S. 253 ff
- Bonner Kommentar
Kommentar zum Bonner Grundgesetz
Hamburg, Stand: Oktober 1981
- v.Borch, Herbert
Das Gottesgnadentum
- Historisch-soziologischer Versuch über die religiöse Herrschaftslegitimation, Berlin 1934
- Brand, Arthur
Das Deutsche Beamtengesetz vom 26.1.1937 mit den Änderungen durch das Gesetz vom 25.3.1939, der amtlichen Begründung usw.
3.Aufl., Berlin 1940

- Brandt, Edmund (Hrsg.) Die politische Treupflicht
Rechtsquellen zur Geschichte des
deutschen Berufsbeamtentums
Karlsruhe 1976
- Bringezu, Volker Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung
in der Bundesrepublik Deutschland,
in England und Frankreich
Frankfurt/Main 1974
- Brox, Hans Allgemeines Schuldrecht
9.Aufl., München 1981
- Buchner, Herbert Tendenzförderung als arbeitsrecht-
liche Pflicht
- Zur Bindung des Arbeitnehmers
an die Unternehmenszielsetzung -
in: ZfA 1979, 335 ff
- Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grund-
gesetz
2.Aufl.,Kronberg 1977
- Calker, Wilhelm van Die Amtsverschwiegenheitspflicht
im Deutschen Staatsrecht
in: Festgabe Otto Mayer,
S. 117 - 164
Tübingen 1916
- Canaris, Claus-Wilhelm Risikohaftung bei schadensgeneigter
Tätigkeit in fremdem Interesse
in: RdA 1966, 41 ff
zitiert: Risikohaftung
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht
München 1971
zitiert: Vertrauenshaftung
- Charmatz, Hans Zur Geschichte und Konstruktion
der Vertragstypen im Schuldrecht
mit besonderer Berücksichtigung
der gemischten Verträge
Brünn u.a. 1937
- Creifelds, Carl (Hrsg.) Rechtswörterbuch
5.Aufl., München 1978
- Daele, Wolfgang van den Probleme des gegenseitigen Ver-
trages, Hamburg 1967
- Dahm, Georg Deutsches Recht
2.Aufl.,Stuttgart u.a. 1963
- Dau, Klaus Der Begriff des Dienstvergehens
und sein Verhältnis zum Straf-
tatbestand
in: DVBl 1968, 62 ff

- Deneke, Johannes/
Neumann, Dirk
Arbeitszeitordnung
9.Aufl., München 1976
- Dersch, Hermann
Entwicklungslinien der Fürsorge-
pflicht des Arbeitgebers im
Arbeitsverhältnis
in: RdA 1949, 325 ff
- Dersch, Hermann
Entwicklungstendenzen im Arbeits-
recht unter Abweichung vom BGB
in: RdA 1958, 441 ff
- Dersch, Hermann
Neue Entwicklung der Fürsorge-
pflicht im Arbeitsverhältnis
in: Festschrift für Wilhelm
Herschel, S. 71 - 85
Stuttgart 1955
- Dersch, Hermann/
Neumann, Dirk
Bundesurlaubsgesetz
5.Aufl., München 1977
- Deutscher Gewerkschafts-
bund
Entwurf für ein Arbeitsverhältnis-
gesetz vom 5. April 1977
in: RdA 1977, 166 ff
- Dietz, Rolf
Entwicklung des deutschen Arbeits-
rechts
in: Der Arbeitgeber 1950, 66 ff
- Dietz, Rolf
Gesetz zur Ordnung der nationalen
Arbeit, 1.Aufl., München 1934,
zitiert: AOG
- Dietz, Rolf
Gesetz zur Ordnung der nationalen
Arbeit, Textausgabe,
5.Aufl., München 1939
- Dietz, Rolf
Die Pflicht des ehemaligen Be-
schäftigten zur Verschwiegenheit
über Betriebsgeheimnisse
in: Festschrift für Justus
Wilhelm Hedemann, Jena 1938
- v.Doemming, Klaus-Berto/
Füßlein, Rudolf Werner /
Matz, Werner
Entstehungsgeschichte der Artikel
des Grundgesetzes
in: JÖR N.F. 1 (1951), S. 1 ff
- Drath, Martin
Staat (Erster Teil)
in: Evangelisches Staatslexikon
2. Aufl., Stuttgart 1975,
S. 2431 - 2467
- Ehmann, Horst
Die Gesamtschuld
Berlin 1972
Schriften zum Bürgerlichen Recht,
Bd. 7
- Ehmke, Horst
"Staat" und "Gesellschaft" als
verfassungstheoretisches Problem
in: Festgabe für Rudolf Smend,
S. 23 - 49 , Tübingen 1962

- Enneccerus, Ludwig/
Lehmann, Heinrich
Recht der Schuldverhältnisse
(2.Band des Lehrbuchs des
Bürgerlichen Rechts von
Enneccerus-Kipp-Wolf)
15. Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
(1.Band des Lehrbuchs des
Bürgerlichen Rechts von
Enneccerus-Kipp-Wolf)
15. Aufl., Tübingen 1959(1.Halb-
band) und 1960 (2.Halbband)
- Erichsen, Hans-Uwe
Besonderes Gewaltverhältnis und
Sonderverordnung
in: Fortschritte des Verwaltungs-
rechts, Festschrift für H.-J.
Wolff zum 75. Geburtstag, heraus-
gegeben von C.F.Menger,
München 1973, S. 219 - 246
- Erman, Walter
Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, Herausgeber:
H.P.Westermann
7.Aufl., 1. Band, Münster 1981
zitiert: Erman-Bearbeiter
- Eschenburg, Theodor
Der Beamte in Partei und
Parlament, Frankfurt/Main 1952
- Esser, Josef
Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner
Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970
- Fabricius, Fritz
Leistungsstörungen im Arbeits-
verhältnis, Tübingen 1970
- Farthmann, Friedhelm
Der "personenrechtliche Charakter"
des Arbeitsverhältnisses
in: RdA 1960, 5 ff
- Fechner, Erich
Sozialer Rechtsstaat und Arbeits-
recht
in: RdA 1955, 161 ff
- Fenn, Herbert
Fürsorgetheorie und Entgelttheorie
im Recht der Arbeitsbedingungen
(Besprechung von Schwerdtner
Fürsorgetheorie und Entgelttheorie
im Recht der Arbeitsbedingungen)
in: Arbeit und Recht 1971, 321 ff
- Fikentscher, Wolfgang
Schuldrecht, 6.Aufl., Berlin 1976
- Fischbach, Oskar-Georg
Das Reichsgesetz zur Änderung von
Vorschriften auf dem Gebiete des
allgemeinen Beamten-, des Besol-
dungs- und des Versorgungsrechts
vom 30.Juni 1933
Berlin und Leipzig 1933
zitiert: Das Reichsgesetz

- borsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Bd. I, Allgemeiner Teil,
10.Aufl., München 1973
- rey, Erich Die unzureichende Arbeitsleistung
(Schlechterfüllung) als Gegenstand
der Schadensersatzpflicht des
Arbeitnehmers,
in: BB 1960, 411 ff
- riesenhahn, Ernst Der politische Eid
Diss.jur. Bonn 1928
- amillscheg, Franz Die Haftung des Arbeitnehmers
gegenüber Dritten
in: Ius privatum gentium,
Festschrift für Max Rheinstein zum
70.Geburtstag am 5.Juli 1969
Bd. II, Tübingen 1969,
S. 1043 - 1057
- amillscheg, Franz/
anau, Peter Die Haftung des Arbeitnehmers
2.Aufl., Karlsruhe 1974
- aul, Dieter Ein Lösungsweg der Haftung des
Arbeitnehmers bei schadensgeneigter
Arbeit nach geltendem Recht
in: AuR 1965, 225 ff
- erber, Hans Die grundsätzliche Bedeutung der
beamtenrechtlichen Regelungen
des Bonner Grundgesetzes
in: DVBl 1951, 489
- erber, Hans Vom Begriff und Wesen des
Beamtentums
in: AÖR 57, 1 ff
- erber, Hans "Dienstherr" des Beamten
in: DÖV 1951, 472 ff
- erber, Hans Entwicklung und Reform des
Beamtenrechts
in: VVDStRL Heft 7, 2 - 52
Berlin und Leipzig 1932
- esamtkommentar
ffentliches
ienstrecht herausgegeben von Walter Fürst
Band 1, Beamtenrecht des Bundes
und der Länder, Berlin 1973
Stand: Januar 1982
zitiert: Bearbeiter, GKÖD
- ick, Dietmar Die Grundsätze der Haftung bei
gefahr geneigter Arbeit
in: JuS 1980, 393 ff
- .Gierke, Julius Handels- und Schifffahrtsrecht
8.Aufl., Berlin 1959

- v.Gierke, Otto Deutsches Privatrecht
3.Band, Leipzig 1917
zitiert: Privatrecht
- v.Gierke, Otto Der Entwurf eines Bürgerlichen
Gesetzbuches und das Deutsche
Recht, Leipzig 1889
- v.Gierke, Otto Labands Staatsrecht und die
deutsche Rechtswissenschaft
unveränderter Nachdruck
Darmstadt 1961
- v.Gierke, Otto Die Wurzeln des Dienstvertrages
in: Festschrift für Heinrich
Brunner zum 50jährigen Doktor-
jubiläum, München und Leipzig
1914, S. 37 ff
zitiert: Wurzeln
- Giese, Friedrich Die Verfassung des Deutschen
Reiches, 8.Aufl., Berlin 1931
- Gönner, Nicolaus Thaddäus Die Notwendigkeit einer ver-
besserten Ansicht vom Staate
Landshut 1805
- Gönner, Nicolaus Thaddäus Der Staatsdienst aus dem Gesichts-
punkt des Rechts und der National-
ökonomie betrachtet
Landshut 1808
zitiert: Der Staatsdienst
- Grell, Dieter Betriebsinhaberwechsel, zugleich
ein Beitrag zur Lehre vom Arbeits-
verhältnis und vom Betrieb
Berlin 1957
- Grewe, Wilhelm Inwieweit läßt Art. 33 Absatz 5
des Grundgesetzes eine Reform
des Beamtenrechts zu?
in: Verhandlungen des 39.DJT, 1951
D 1 ff, Tübingen 1952
- Grunsky, Wolfgang Der Entzug eines vertraglichen
Ruhegeldanspruchs nach Beendigung
des Arbeitsrechtsverhältnisses
- BAG NJW 1968, 1444
in: JuS 1970 16 ff
- Gumpert, Jobst Analoge Anwendung der Bestimmungen
über Wettbewerbsvereinbarungen
mit Handlungsgehilfen auf andere
Arbeitsverhältnisse
in: BB 1970, 178 ff
- Gumpert, Jobst Wann muß der Arbeitgeber den Arbeit-
nehmer von Schadensersatzpflichten
gegenüber Dritten freistellen?
in: BB 1955, 480 ff

- Habermas, Jürgen
Strukturwandel der Öffentlichkeit
6.Aufl., Berlin und Neuwied 1974
- Hamann, Andreas/
Lenz, Helmut
Das Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland
3.Aufl., Neuwied und Berlin 1970
- Hanau, Peter/
Adomeit, Klaus
Arbeitsrecht
5.Aufl., Frankfurt/Main 1978
- Hartung, Fritz
Zur Geschichte des Beamtentums im
19. und 20. Jahrhundert
in: Studien zur Geschichte der
Preußischen Verwaltung, 3.Teil,
Abhandlungen der Deutschen Akademie
der Wissenschaften zu Berlin
Jahrgang 1945/46
Philosophisch-historische Klasse,
Nr. 8, 1948
- Hecklinger, Roland
Die normative Kraft der grundge-
setzlichen Sozialstaatsklausel in
ihrer Bedeutung für das moderne
Arbeitsrecht, Düsseldorf 1960
- von der Heide, H.-J.
Die Fürsorgepflicht im Beamtenrecht
Ein Beitrag, Inhalt und Grenzen
der Fürsorgepflicht des Dienst-
herrn gegenüber seinen Beamten
festzulegen,
in: ZBR 1955, 321 ff und 364 ff
- Heller, Hermann
Bemerkungen zur staats- und rechts-
theoretischen Problematik der
Gegenwart
in: AÖR 55 (1929), 321 ff
- Helm, Johann Georg
Der arbeitsrechtliche Freistel-
lungsanspruch bei schadensgeneig-
ter Arbeit und seine Auswirkungen
auf die beschränkte Unternehmer-
haftung, insbesondere im Verkehrs-
recht
in: AcP 160 (1961), 134 ff
- Herschel, Wilhelm
Vom Arbeitsschutz zum Arbeitsrecht
in: 100 Jahre Deutsches Rechts-
leben, Festschrift zum Hundert-
jährigen Bestehen des Deutschen
Juristentages 1860 - 1960 , S.365 ff
Karlsruhe 1960, Bd. 1
- Herschel, Wilhelm
Entwicklungstendenzen des Arbeits-
rechts
in: RdA 1966, 161 ff

- Herschel, Wilhelm Die typologische Methode und das
Arbeitsrecht
in: Recht und Rechtsleben in der
sozialen Demokratie,
Festgabe für Otto Kunze zum 65.
Geburtstag, herausgegeben von
Kurt Ballerstedt u.a., S. 225 - 241,
Berlin 1969
- Herzog, Roman Gutachten
in: Verfassungspolitische Probleme
einer Reform des öffentlichen
Dienstrechts, Studienkommission
für die Reform des öffentlichen
Dienstrechts, Band 6, S. 161 - 230,
Baden-Baden 1973
- Herzog, Roman Allgemeine Staatslehre,
Frankfurt/Main 1971
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts
der Bundesrepublik Deutschland
12. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe
1980
- Heyland, Carl Das Berufsbeamtentum im neuen
demokratischen deutschen Staat,
Berlin 1949
- Hientzsch, Ulf Arbeitsrechtslehren im Dritten
Reich und ihre historische Vorbe-
reitung, Marburg 1970
- Hilger, Marie Luise Das betriebliche Ruhegeld
Zugleich ein Beitrag zum Recht
der betrieblichen Arbeitsbedingun-
gen, Heidelberg 1959
- Hintze, Otto Acta Borussica
Die Behördenorganisation und die
allgemeine Staatsverwaltung
Preußens im 18. Jahrhundert, Bd. 6,
1. Hälfte: Einleitende Darstellung
der Behördenorganisation und all-
gemeinen Verwaltung in Preußen
beim Regierungsantritt
Friedrichs II, Berlin 1901
- Hintze, Otto Der Beamtenstand
in: Vorträge der Gehe-Stiftung zu
Dresden Band III, Leipzig 1911,
Nachdruck durch die Wissenschaft-
liche Buchgesellschaft
Darmstadt 1963
- Hoffmann, Reinhard Beamtentum und Streik
in: AöR 91, 141 ff

- phenester, H. Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche, Diss.jur. München 1956
- über, Ernst Rudolf Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II, Stuttgart 1960
- über, Ulrich Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage in: JuS 1972, 57 ff
- ueck, Alfred Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in: Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann, S. 312 - 329, Jena 1938, zitiert: Festschrift für Hedemann
- ueck, Alfred Der Treuegedanke im modernen Privatrecht Sitzungsberichte der Bayrischen Akademie der Wissenschaften, Jahrgang 1944/46, Heft 7, München 1947 zitiert: Treuegedanken
- ueck, Alfred/
ipperdey, Hans Carl Grundriß des Arbeitsrechts 5.Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1970 zitiert: Grundriß
- ueck, Alfred/
ipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts Band 1, 1. Aufl., Berlin 1928 7. Aufl., Berlin, Frankfurt/Main 1963 (zitiert ohne Angabe des Bandes) Band 2, Zweiter Halbband, 7.Aufl., Berlin, Frankfurt/Main 1970
- ueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht München, Berlin 1958
- ürholz, Hans-Werner Die Treuepflichten des Arbeitnehmers Diss.jur. Würzburg 1968
- sele, Hellmut Georg Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln? in: NJW 1964, 1441

- Isensee, Josef Beamtenstreik - Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes Godesberger Taschenbücher, Wissenschaftliche Reihe, Stuttgart 1971
- Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905 unveränderter Nachdruck Darmstadt 1963
- Jellinek, Walter Die Rechtsformen des Staatsdienstes - Begriff und rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses in: Abschütz/Thoma, HdDstR, Bd. II S. 20 ff
- Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung Tübingen 1961
- Jung, Jörg Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, Berlin 1971
- Kässer, Petra Der fehlerhafte Arbeitsvertrag Berlin 1979 Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 46
- Kaskel, Walter Arbeitsrecht 1. Aufl., Berlin 1925
- Kaskel, Walter/
Dersch, Walter Arbeitsrecht 5. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1957
- Kelsen, Hans Reine Rechtslehre 2. Aufl., Wien 1960
- Kempf, Eberhard Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis - BVerfG NJW 1972, 811 in: JuS 1972, 701 ff
- Kempff, Gilbert "Treuepflicht" und Kündigungsschutz Gemeinschafts- und Treuegedanke - eine Ideologie? in: DB 1979, 790 ff
- Kern, Fritz Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter - Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie, 1915 2. Aufl., Darmstadt 1954
- Kimminich, Otto Die Bedeutung des Beamtentums für die Herausbildung des modernen Staates in: Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, herausgegeben von Walter Leisner, S. 47 - 70 Berlin 1975

- Kirchhof, Paul
Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Art. 33 Absatz IV des Grundgesetzes
Diss.jur. München 1968
- Köttgen, Arnold
Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie
Berlin und Leipzig 1928
zitiert: Berufsbeamtentum
- Köttgen, Arnold
Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart
in: Anschütz/Thoma, HdDStR, Bd. II, S. 1 ff, 1932
zitiert: Entwicklung
- Köttgen, Arnold
Die Stellung des Beamtentums im völkischen Führerstaat
in: JÖR Bd. 25 (1938), 1 ff
- Kramer, Ernst A.
Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung
- Zur Stellung der Fürsorge- und Treuepflicht im österreichischen Arbeitsvertragsrecht - , Wien 1975
- Krebs, Walter
Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte
Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Berlin 1975,
Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 276
- Kröger, Klaus
Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechts der Beamten auf "partei-politische Meinungsäußerungen"
in: AÖR 88 (1963), 121 ff
zitiert: Verfassungsrechtliche Grundfragen
- Krüger, Herbert
Allgemeine Staatslehre
2. Aufl., Stuttgart 1964
- Krüger, Hildegard
Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissengründen im Arbeitsrecht
in: RdA 1954, 365 ff
- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts,
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 1979
zitiert: Larenz I
Bd. 2, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
zitiert: Larenz II

- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Larenz, Karl Die Prinzipien der Schadenszurechnung
in: JuS 1965, 373 ff
- Laubinger, Hans-Werner Die Treuepflicht des Beamten im Wandel der Zeiten
in: Der Öffentliche Dienst, Festschrift für H.C.Ule, S. 89 - 110, Köln, Berlin u.a. 1977
- Laufer, Heinz Die demokratische Ordnung
2. Aufl., Stuttgart u.a. 1973
- Lecheler, Helmut Die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" in der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG
in: AöR 103 (1978), 349 ff
zitiert: Hergebrachte Grundsätze
- Lecheler, Helmut Die Treuepflicht des Beamten - Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten?
in: ZBR 1972, 228 ff
- Leenen, Detlef Typus und Rechtsfindung
Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung, dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971
- Leibholz, Gerhard Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert
3. Aufl., Berlin 1966
- Lichter, Matthias/
Hoffmann, Werner Staatsangehörigkeitsrecht
3. Aufl., Köln, Berlin 1967
- Liebrecht Der Urlaub des Handlungsgehilfen
in: Jahrbuch der Berliner Kaufmannsgerichte, Berlin 1912
- Lindgen, Erich Handbuch des Disziplinarrechts für Beamte und Richter in Bund und Ländern, Bd. 3 : Ergänzungsband, Berlin 1969
- Löwisch/Rödig Besprechung von Wiedemann:
Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis
in: RdA 1970, 55 ff
- Lotmar, Philipp Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches
Band 1, Leipzig 1902

- Lütge, Friedrich
Deutsche Sozial- und Wirtschafts-
geschichte, 3. Aufl., Berlin 1966
- Malz, Heinrich
Das Beamtenverhältnis als besonde-
res Gewaltverhältnis
in: ZBR 1964, 97 ff
- Martens, Wolfgang
Grundgesetz und Wehrverfassung
Hamburg 1961
- Matthey, Ferdinand
Zur Rechtsangleichung bei Beamten
und Angestellten im öffentlichen
Dienst, Hamburg 1971
- Maunz, Theodor/
Mürrig, Günter/
Merzog, Roman/
Scholz, Rupert
Grundgesetz
Kommentar
Stand: 19. Lieferung
München, September 1981
- Mavridis, Vassili
Eingliederungstheorie, Vertrags-
theorie und Gemeinschaftsverhält-
nis
in: RdA 1956, 444 ff
- Mayer, Franz
Die hergebrachten Grundsätze des
Berufsbeamtentums
in: Ernst Forsthoff und Reinhard
Hörstel (Hrsg.): Standorte im
Zeitstrom, Festschrift für Arnold
Gehlen zum 70. Geburtstag,
S. 227 - 248, Frankfurt/Main 1974
- Mayer, Franz
Rechtsgutachten
in: Verfassungsrechtliche Grenzen
einer Reform des öffentlichen
Dienstrechts, Bd. 5, S. 557 - 746
Baden - Baden 1973
- Mayer, Otto
Deutsches Verwaltungsrecht
3. Aufl., München 1923
- Mayer-Maly, Theo
Arbeitsrecht und Privatrechts-
ordnung
in: JZ 1961, 205 ff
- Medicus, Dieter
Bürgerliches Recht
10. Aufl., Köln u.a. 1981
- Meinert, H.
Zur Frage der Haftung bei schadens-
geneigter Arbeit unter Berück-
sichtigung der Gefährdungshaftung
in: DB 1958, 1328 ff
- Melzbach, Erich
Deutsches Arbeitsrecht
Zu seiner Neuordnung, Berlin 1923
- Menger, Christian-
Friedrich
Parteienprivileg und Zugang
Radikaler zum öffentlichen Dienst
in: VerwArch Bd. 67, 105 ff

- Menzel, Eberhard Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes
in: DÖV 1969, 513 ff
- Meyer-Hentschel, G. Das Berufsbild des Beamten in der Rechtsprechung des Bundesdisziplinarkonfigs - zugleich ein Beitrag zur Problematik des § 13 II BDO
in: ZBR 1963, 277 ff
- v. Mohl, Robert Encyklopädie der Staatswissenschaften, Tübingen 1859
- Molitor, Erich Die personenrechtliche Natur des Arbeitsverhältnisses
in: BlStSozArbR 1949, 30 ff
- Molitor, Erich Das Wesen des Arbeitsvertrages Eine Untersuchung der Begriffe des Dienst- und Werkvertrages, sowie des Vertrages über abhängige Arbeit
Leipzig und Erlangen 1925
- Mommsen, Hans Beamtentum und demokratischer Verfassungsstaat
in: Edmund Brandt, Die politische Treuepflicht, Karlsruhe 1976
- Mommsen, Wilhelm Deutsche Parteiprogramme Deutsches Handbuch der Politik, Bd. 1, München 1960
- Monjau, Herbert Die Schweigepflicht des Arbeitnehmers
in: DB 1956, 232 ff
- Moos, Peter Nachwirkende Vertragspflichten aus Arbeitsverhältnissen
in: RdA 1962, 301 ff
- Morsey, Rudolf Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning
in: Demokratie und Verwaltung Berlin 1972, S. 101 ff
- Motive Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Band II, Recht der Arbeitsverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1896
- Müller, Gerhard Rechtspolitische Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht (Teil II)
in: DB 1970, 1076 ff
- Müller, Gernot Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis,
Bern und Frankfurt/Main 1974
(Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 101)

- Münch, Ingo
Rechtsgutachten zur Frage eines Streikrechts der Beamten
Hilden 1970
- Bugdan, Bernhard
Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Band 1 - 5,
Berlin 1899
- Lawiasky, Hans
Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat
München 1926
- Reis, Kurt
Die Koalitionsfreiheit des Beamten in: Koalitions- und Meinungsfreiheit der Beamten,
Köln 1964, 35 ff
- Reumann, Dirk
Urlaub als Entgelt oder aus Fürsorgepflicht?
in: RdA 1977, 265 ff
- Reumann, Franz L.
Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft
in: RdA 1951, 1 ff
- Rietzhammer-Vonberg, Christiane
Parteilpolitische Betätigung der Richter
Berlin 1969
- Winkisch, Arthur
Arbeitsrecht, I. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht,
3. Aufl., Tübingen 1961
- Winkisch, Arthur
Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin 1941
zitiert: Arbeitsvertrag
- Winkisch, Arthur
Probleme des Urlaubsrechts im Lichte der nationalsozialistischen Ordnung der Arbeit
in: ZAKDR 1938, 41
- Winkisch, Arthur
Der Urlaub des Arbeitnehmers
in: NZfA 1928, Sp. 133 ff
- Wipperdey, Hans Carl
Das Streikrecht - Seine Anerkennung, Sanktionierung und Begrenzung
Deutsches Landesreferat zum III. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, S. 744 ff,
Landau 1950
- Wortmann, Paul
Deutsches Arbeitsvertragsrecht
Berlin 1921
- W. Oertzen, Peter
Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus,
Frankfurt/Main 1974 (ursprünglich Diss.phil. Göttingen 1953)

- Ogris, Werner Geschichte des Arbeitsrechts vom
Mittelalter bis in das 19. Jahr-
hundert
in: RdA 1967, 286 ff
- Ossenbühl, Fritz Probleme und Wege der Verfassungs-
auslegung
in: DÖV 1965, 649
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
39. Aufl., 1980
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- Partsch, Karl Josef Verfassungsprinzipien und Ver-
waltungsinstitutionen
Tübingen 1958
- Patzig, Werner Wandlungen im Berufsbeamtentum
Diss.jur. Kiel 1955
- Pestalozza, Christian Urteilsanmerkung zu BAG, Urteil
vom 23.2.1977 - 3 AZR 620/75
(in: SAE 1977, 241 ff)
in: SAE 1977, 245 ff
- Pinther, Helmut Ist das Arbeitsverhältnis ein
personenrechtliches Gemeinschafts-
verhältnis?
in: AuR 1961, 225 ff
- Planck, Gottlieb Bürgerliches Gesetzbuch nebst
Einführungsgesetz, Band II,
Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1907
- Plog, Ernst/
Wiedow, Alexander/
Beck, Gerhard Kommentar zum Bundesbeamtengesetz
mit Beamtenversorgungsgesetz
2. Aufl., Stand November 1981
- Potthoff, Heinz Probleme des Arbeitsrechts
Rechtspolitische Betrachtungen
eines Volkswirts, Jena 1912
zitiert: Probleme
- Protokolle Protokolle der Kommission für die
zweite Lesung des Entwurfs des
Bürgerlichen Gesetzbuches, im Auf-
trag des Reichs-Justizamts, bear-
beitet von Achilles, Gebhard, Spahn
Band II, Recht der Schuldverhält-
nisse, Berlin 1898
- Raiser, Thomas Das Arbeitsverhältnis aus der
Sicht der Organisationssoziologie
in: ZRP 1973, 13 ff
- Ramm, Thilo Die Anfechtung des Arbeitsvertrages
- Zur Kritik und Neubegründung
der Lehre vom Arbeitsverhältnis -
Karlsruhe 1955

- Mathenau, Walter
Zur Kritik der Zeit
Berlin 1918
- Rehnbinder, Manfred
Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld des Urheberrechts
in: RdA 1968, 309 ff
- Rehm, Hermann
Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht
Georg Hirth's Annalen
München und Leipzig
1884: S. 565 - 686
1885: S. 65 - 212
- Reinaud, Werner
Die Abgeltung von Urlaubsansprüchen nach dem Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer, Berlin 1977
Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 27
- Richardi, Reinhard
Entwicklungstendenzen der Treue- u. Fürsorgepflicht in Deutschland
in: Tomandl, Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, S. 41 - 70
Wien, Stuttgart 1975
zitiert: Entwicklungstendenzen
- Widder, Helmut
Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Rechtsgutachten zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Urteils des BAG vom 31.10.1958, Stuttgart 1960
- Riemann, Hans
Der personale Geltungsbereich der Haftung für Verrichtungshilfen und der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit
Diss.jur. Köln 1977
- Ronellenfitsch, Michael
Das besondere Gewaltverhältnis - ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut
in: DÖV 1981, 933 ff
- Rother, Werner
Grundsatzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Allgemeines Schuldrecht -
Karlsruhe 1974
- Rother, Werner
Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965
zitiert: Haftungsbeschränkung
- Rottmann, Frank
Der Beamte als Staatsbürger
Zugleich eine Untersuchung zum Normtypus von Art. 33 Absatz 5 GG
Schriften zum Öffentlichen Recht
Bd. 387, Berlin 1981

- Rümelin, Gustav Dienstvertrag und Werkvertrag
Tübingen 1905
- Ruhig, Hubert Die Nebenpflichten im Schuldrecht
Diss.jur. Hamburg 1968
- Ryssel, Herbert A. Die allgemeine Fürsorgepflicht
des Arbeitgebers
Die Geschichte ihrer Entstehung
und ihre systematische Behandlung
in der Rechtsprechung des Bundes-
arbeitsgerichts
Diss.jur. Frankfurt/Main 1970
- Säcker, Franz-Jürgen Die Rechtsprechung des BAG im
Jahre 1969
in: JurA 1970, 165 ff
- Schaub, Günter Arbeitsrechtshandbuch
4. Aufl., München 1980
- Scheerbarth, Hans Walter/
Höffken, Heinz Beamtenrecht
3. Aufl., Siegburg 1979
- Schelp, Günther Das Arbeitsverhältnis
Stuttgart 1961
- Schelp, Günther Gemischte Rechtsverhältnisse mit
arbeitsrechtlichen Elementen
in: Festschrift für Wilhelm
Herschel, S. 87 ff
Stuttgart 1955
- Scheuerle Der arbeitsrechtliche Fahrlässig-
keitsbegriff und das Problem des
innerbetrieblichen Schadensaus-
gleichs
in: RdA 1958, 247 ff
- Scheuner, Ulrich Das Wesen des Staates und der
Begriff des Politischen in der
neueren Staatslehre
in: Festgabe für Rudolf Smend,
S. 225 - 260
Tübingen 1962
- Schick, Walter Der Beamte als Grundrechtsträger
in: ZBR 1963, 67 ff
- Schindler-Fiedler, Renate Die Treuepflicht des Beamten und
die freiheitliche Demokratie
Diss.rer.pol. München 1979
- Schlephorst, Eberhard Die rechtliche Einordnung des
Urlaubs
Diss.jur. Köln 1964
- Schlüter, Wilfried/
Dudenbostel, Karl Sanktionen des Arbeitgebers bei
Störungen der Betriebsversammlung
in: DB 1974, 2473 ff

- Schmidt, Otto Kritische Gedanken zur Kollektiv-
wirkung, Individualbereich und
personenrechtliches Gemeinschafts-
denken im Arbeitsrecht,
in: AcP Bd. 162 (1963), 305 ff
- Schmitt, Carl Verfassungsrechtliche Aufsätze
aus den Jahren 1924 - 1954,
Materialien zu einer Verfassungs-
lehre, Berlin 1958
- Schnapp, Friedrich E. Beamtenstatus und Streikrecht
Herford und Bonn 1972
- Schnapp, Friedrich E. Praktische Konkordanz von Grund-
rechten und Sonderstatusverhältnis
des Beamten
- Kritische Anmerkungen und Versuch
einer Weiterführung -
in: ZBR 1977, 208 ff
- Schnellenbach, Helmut Inhalt und Grenzen der Fürsorge-und
Schutzpflicht im Beamtenrecht
in: ZBR 1981, 301 ff
- Schnupp, Günther Raucher - Nichtraucher
Rauchverbot am Arbeitsplatz?
in: DöD 1981, 97 ff
- Scholz, Rupert BAG und Arbeitsverfassung
in: Festschrift 25 Jahre Bundes-
arbeitsgericht,
herausgegeben von:
Gamillscheg/G.Hueck/Wiedemann
S. 511 - 540
München 1979
- Schütz, Erwin Beamtenrecht des Bundes und der
Länder, 5.Aufl.,
Hamburg ab 1973
- Schwabe, Jürgen Verfassungswidrigkeit von Wett-
bewerbsverboten?
in: JZ 1976, 439 ff
- Schwarz, Walter Dauerschuldverhältnisse und
Dogmatik abrechtsvertraglicher
Treuepflicht
in: Festschrift für Walter Wilburg,
S. 355 - 368, Graz 1975
- Schwarz, Walter/
Polzer, Wolfgang Die Treuepflicht des Arbeitnehmers
und ihre künftige Gestaltung
Wien 1975
- Schwerdtner, Peter Arbeitsrecht I
München 1976
- Schwerdtner, Peter Fürsorgetheorie und Entgelttheorie
im Recht der Arbeitsbedingungen
Heidelberg 1970

- Schwerdtner, Peter Fürsorge- und Treuepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts
in: ZfA 1979, 1 ff
- Schwerdtner, Peter Gemeinschaft, Treue und Fürsorge - oder die Himmelfahrt des Wortes
in: ZRP 1970, 62 ff
- Seiter, Hugo Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1969
in: ZfA 1970, 355 ff
- Seuffert Von den Verhältnissen des Staates und der Diener des Staates gegeneinander in rechtlichem und politischem Verstande,
Würzburg 1793
- Siara, Berthold Wegfall der Urlaubsabgeltung
in: DB 1975, 836 ff
- Siebert, Wolfgang Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit
Hamburg 1935
zitiert: Arbeitsverhältnis
- Siebert, Wolfgang Einige Entwicklungstendenzen im Individualarbeitsrecht
in: RdA 1958, 366 ff
- Sinzheimer, Hugo Die Fortbildung des Arbeitsrechts
Vortrag, Jena 1922
zitiert: Fortbildung
- Sinzheimer, Hugo Grundzüge des Arbeitsrechts
Jena 1921
- Smend, Rudolf Die Göttinger Sieben
in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze
2. Aufl., Berlin 1968
- Smend, Rudolf Verfassung und Verfassungsrecht
1928
in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze,
2. Aufl., Berlin 1968
- Söllner, Alfred Arbeitsrecht
6. Aufl., Stuttgart u.a. 1978
- Söllner, Alfred Besprechung von Herbert Wiedemann: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis
in: AuR 1968, 242 ff
zitiert: Buchbesprechung

- Soergel
Bürgerliches Gesetzbuch
Bd. 3, Schuldrecht II,
10. Aufl. Stuttgart u.a. 1969
11. Aufl. Stuttgart u.a. 1980
zitiert: Soergel-Bearbeiter, Aufl.
- Gonthheimer, Kurt/
Bleek, Wilhelm
Gutachten: Verfassungspolitische
Perspektiven einer Reform des
Öffentlichen Dienstes in der Bun-
desrepublik Deutschland
in: StK Band 6, S. 231 - 298
- Staudinger
Kommentar zum BGB
Band II, Teil 3 (§§ 611 - 704)
9. Aufl., Berlin 1928
11. Aufl., Berlin 1958
zitiert: Staudinger - Bearbeiter
- Steinbach, Bernhard
Die politische Freiheit der Be-
amten unter der konstitutionellen
Monarchie in Preußen und im
Deutschen Reich
Diss.jur. Bonn 1962
- Steinbach, Hartmut
Die Wahrhaftigkeitspflicht des
Beamten in rechtssystematischer
Betrachtung
in: ZBR 1965, 335 ff
- Stern, Klaus
Zur Verfassungstreue der Beamten
München 1974
- Studienkommission für
die Reform des öffent-
lichen Dienstrechts
Bericht der Kommission
Baden-Baden 1973
- Stuzky, Hartmut
Auswirkungen des Sozialstaatsprin-
zips auf das Beamtenverhältnis
unter Berücksichtigung der Für-
sorgepflicht des Dienstherrn
Diss.jur. Würzburg 1966
- Suermann
Der Beamte in der Demokratie
in: ZBR 1965, 1 ff
- Thiele, Willi
Öffentliches Amt und politische
Bindung
in: DöD 1967, 1 ff
- Thieme, Werner
Der öffentliche Dienst in der
Verfassungsordnung des Grundge-
setzes, Göttingen 1961
- Thume, Karl Heinz
Der § 324 BGB bei Dauerschuldver-
hältnissen unter besonderer Be-
rücksichtigung des Arbeitsver-
trages
Diss.jur.Erlangen - Nürnberg 1968

- Titze, Heinrich Das kaufmännische Hilfspersonal
in: Victor Ehrenberg (Hrsg.):
Handbuch des gesamten Handels-
rechts, Zweiter Band,
S. 545 - 962, Leipzig 1918
- Ule, Carl Hermann Beamtenrecht im Wandel deutscher
Staatlichkeit
in: DVBl 1963, 1 ff
- Ule, Carl Hermann Entwicklungstendenzen im Beamten-
recht
Juristenjahrbuch Bd. 2 (1961/62)
S. 212 - 231
- Ule, Carl Hermann Öffentlicher Dienst
in: Bettermann/Nipperdey,
Die Grundrechte, Handbuch der
Theorie und Praxis der Grundrechte,
Band IV/2, S. 537 ff
Berlin 1962
zitiert: Öffentlicher Dienst
- Voll, Ludwig Meinungsfreiheit und Treuepflicht
- zum rechtlichen Verständnis der
Einordnung im Arbeitsverhältnis -
Bern, Frankfurt/Main 1975
- Wacke, Gerhard Entstehungsgeschichte und Inhalt
des Art. 33 V GG
in: Neues Beamtentum 1951, 152 ff
- Wacke, Gerhard Grundlagen des öffentlichen Dienst-
rechts - Verfassungsrechtlicher
Stand und Lösung vom Arbeitsrecht -
Tübingen 1957
- Weber, Max Gesammelte Politische Schriften
2. Aufl., Tübingen 1958
- Wertenbruch, Wilhelm Recht - Staat - Beamtenethos
in: ZBR 1960, 242 ff
- Wiedemann, Herbert Das Arbeitsverhältnis als Aus-
tausch- und Gemeinschaftsverhältnis
Karlsruhe 1966
- Wiedemann, Herbert Ruhegeldanwartschaft und Kündigung
in: RdA 1969, 244 ff
- Wiese, Walter Beamtenrecht
Band 2, Teil 1
Köln, Berlin, Bonn, München 1979
- Wiese, Walter Der Staatsdienst in der Bundes-
republik Deutschland
Neuwied und Berlin 1972

- Wilhelm, Bernhard
Erwiderung auf Johannes Pieck,
Beamtenähnliche Öffentlich-recht-
liche Dienstverhältnisse,
in: DÖV 1966, 221 ff
- Wilhelm, Theodor
Die Idee des Berufsbeamtentums
Ein Beitrag zur Staatslehre des
deutschen Frühkonstitutionalismus
Tübingen 1933
- Wilhelm, Walter
Zur juristischen Methodenlehre im
19. Jahrhundert. Die Herkunft der
Methode Paul Labands aus der
Privatrechtswissenschaft
Frankfurter Wissenschaftliche
Beiträge - Rechts- und wirtschafts-
wissenschaftliche Reihe, Bd. 14,
Frankfurt 1958
- Witt, Jürgen
Zur Haftungssituation des Arbeit-
nehmers im Bereich "schadensge-
neigter Arbeit" bei Schädigung
des Arbeitgebers und betriebsfrem-
der Dritter
Diss.jur. Kiel 1968
- Wlotzke, Otfried
Neuerungen im Arbeitsrecht
in: DB 1974, 2252 ff
- Wolf, Ernst
Das Arbeitsverhältnis
- Personenrechtliches Gemeinschafts-
verhältnis oder Schuldverhältnis? -
Marburg 1970
zitiert: Arbeitsverhältnis
- Wolf, Ernst
Dogmatische Grundlage einer Re-
form des Ehescheidungsrechts
in: JZ 1970, 441 ff
- Wolf, Ernst
Die Lehre von der Handlung
in: AcP 170 (1970), 181 ff
- Wolf, Manfred
Kündigung vor Arbeitsantritt
und Schadensersatz
in: JuS 1968, 65 ff
- Wolff, Hans-Julius
Typen im Recht und in der Rechts-
wissenschaft
in: Studium generale 52, S. 195 ff
- Wolff, Hans-Julius/
Bachof, Otto
Verwaltungsrecht
Bd. I, 9. Aufl., München 1974
zitiert: Wolff/ Bachof I
Bd. II, 4. Aufl., München 1976
zitiert: Wolff/Bachof II

- Wüst, Günther Die Interessengemeinschaft
Ein Ordnungsprinzip des
Privatrechts
Frankfurt/Main, Berlin 1958
- Zöllner, Wolfgang Arbeitsrecht
2. Aufl., München 1979
- Zöllner, Wolfgang Die vorvertragliche und die nach-
wirkende Treue- und Fürsorgepflicht
im Arbeitsverhältnis
in: Tomandl (Hrsg.): Treue- und
Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht,
S. 91 - 106
Wien, Stuttgart 1975
- Zunft, Fritz Kündigung und Urlaubsanspruch
in: NZfA 1926, Sp. 589 ff
- Zwirner, Henning Politische Treuepflicht des
Beamten
Diss.jur. Göttingen 1956

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB G	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
ÄÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, zugleich Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
Art.	Artikel
ARS	Arbeitsrechtssammlung (früher Bensheimer Sammlung)
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
AZO	Arbeitszeitordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifordnung
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BDÖ	Bundesdisziplinarordnung
BeamtVG	Beamtenversorgungsgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH Z	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb
DBG	Deutsches Beamtengesetz
d.h.	das heißt
Diss.jur.	juristische Dissertation
Diss.phil.	philosophische Dissertation
Diss.rer.pol.	staatswissenschaftliche Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.	Einführung
ff	folgende
FN	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GMB1	Gemeinsames Ministerialblatt, herausgegeben vom Bundesministerium des Innern (seit 1950)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GS	Gesetzessammlung
GVB1	Gesetzes- und Verordnungsblatt
HdDStR	Handbuch des deutschen Staatsrechts
HessVGh	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
HGB	Handelsgesetzbuch
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung

rsg.	Herausgeber
.S.d.	im Sinne der (des)
.V.m.	in Verbindung mit
.ü.	im Übrigen
MBL	Justizministerialblatt
ÖR	Jahrbuch für Öffentliches Recht
urA	Juristische Analysen
uS	Juristische Schulung
Z	Juristenzeitung
ESchG	Kündigungsschutzgesetz
EBG	Landesbeamtengesetz
ohnFG	Lohnfortzahlungsgesetz
MinBl	Ministerialblatt
.W.N.	mit weiteren Nachweisen
uSchG	Mutterschutzgesetz
FF	Neue Folge
GJW	Neue Juristische Wochenschrift
ZZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
erOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PAG	Reichsarbeitsgericht
PAG E	Amtliche Sammlung der Entschei- dungen des Reichsarbeitsgerichts
RBG	Reichsbeamtengesetz
EdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Amtliche Sammlung der Entschei- dungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Z	Amtliche Sammlung der Entschei- dungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
riA	Das Recht im Amt
RKnG	Reichsknappschaftsgesetz
dn	Randnummer
dz	Randzahl

RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
sog.	sogenannt
s.o.	siehe oben
Sp.	Spalte
Sten.-Prot.	Stenographische Protokolle
StGB	Strafgesetzbuch
TVG	Tarifvertragsgesetz
u.a.	und andere
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VB1	Zusatzverordnungsblatt des Bundes und der Länder
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapiermitteilungen
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung: Aufgabenstellung und
methodisches Vorgehen

Beamtenrecht und Arbeitsrecht sind getrennte Rechtsbereiche: Das eine zählt zum öffentlichen Recht, das andere zum Zivilrecht. Diese Trennung hat historische Gründe. Ursprünglich waren auch die "beamteten" Fürstendiener aufgrund privatrechtlicher Verträge "angestellt". Mit dem Wegfall der Monarchie am Ende des ersten Weltkrieges wurde auch die Stellung der Beamten, die ehemals dem Monarchen durch persönlichen Treueeid verbunden waren, angetastet. Vor allem im arbeitsrechtlichen Schrifttum wurde in der Folgezeit verstärkt die Trennung von Arbeits- und Beamtenrecht angegriffen. Zwar ist eine Vereinheitlichung beider Rechtsgebiete bis heute nicht erfolgt. Aber seit der damaligen Zeit ist die Diskussion dieser Frage nicht mehr verstummt. Sie wurde nicht nur in der Literatur - vor allem unter dem Gesichtspunkt, ob dem Beamten ein Streikrecht zustehe - behandelt, sondern auch der 48. Deutsche Juristentag im Jahre 1970 diskutierte, ob es sich empfehle, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen.

Im Jahre 1973 legte die vom Bundesminister des Inneren auf Wunsch des Bundestages eingesetzte Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts umfangreiche Vorschläge zu einer Vereinheitlichung vor, die zwar aus politischen Gründen noch nicht verwirklicht werden konnten, gleichwohl aber immer noch in der Diskussion sind.

Dennoch gibt es schon jetzt faktisch große Annäherungen zwischen beiden Rechtsgebieten.

U.a. wird sowohl im Arbeits- als auch im Beamtenrecht die Existenz einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht behauptet.

So wird im Beamtenrecht aus der in Art. 33 IV GG normierten Umschreibung des Beamtenverhältnisses als eines "Dienst- und Treueverhältnisses" hergeleitet, daß das Beamtenverhältnis ein gegenseitig verpflichtendes Treueverhältnis sei. Die dem Dienstherrn den Beamten gegenüber obliegende Pflicht wird als Fürsorgepflicht, die den Beamten obliegende als Treuepflicht bezeichnet. Vor allem letztere steht bis zum heutigen Tage im Mittelpunkt des Interesses. Die den Beamten in § 52 II BBG und den entsprechenden Vorschriften der Landesbeamtengesetze auferlegte sog. politische Treuepflicht war Gegenstand heftiger politischer Auseinandersetzungen ("Berufsverbotskampagne"). Sie war auch Gegenstand des sog. "Radikalen-Urteils" des BVerfG aus dem Jahre 1975¹⁾ und jüngst des sog. "Peter-Urteils" des BVerwG²⁾, wo es um die Frage der Entlassung eines der DKP angehörigen Posthauptsekretärs ging. Als Folge dieses Urteils legte der Bundesminister des Innern einen Referentenentwurf vor, der eine Änderung der Vorschrift über die Dienstvergehen bezüglich der politischen Treuepflicht vorsieht.³⁾

Aber auch im Arbeitsrecht wird die Existenz einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht immer wieder von Rechtsprechung und Literatur behauptet. Diese soll dem Arbeitsverhältnis immanent sein, weil dieses nicht nur schuldrechtlichen Austauschcharakter (Arbeitsleistung gegen Entgelt) besitze, sondern ein beide Vertragsteile verbindendes personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sei. Trotz zunehmender Kritik an dieser Charakterisierung in den sechziger Jahren finden sich die Begriffe der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Treuepflicht des

1) BVerfGE 39, 334 ff

2) BVerfG NJW 1982, 779 ff

3) vgl.: FAZ vom 15.4.1982, S. 5

Arbeitnehmers auch heute noch im Schrifttum. Auch wenn somit der Eindruck entsteht, daß es sich in beiden Rechtsgebieten um gebräuchliche, geklärte Rechtsbegriffe handelt, ergibt ein Blick in die Rechtsprechung und Literatur, daß die Begriffe zwar häufig verwandt werden, ihre dogmatische Begründung aber weitgehend ungeklärt ist. Daher soll versucht werden, die Dogmatik dieser Begriffe zu klären, wobei ebenfalls zu untersuchen ist, ob eine Unterscheidung zwischen der Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht und der im Beamtenrecht gerechtfertigt ist. Auch wenn dies nicht immer ausdrücklich erwähnt wird, sei zur Terminologie klargestellt, daß Gegenstand dieser Arbeit nur die *a l l g m e i n e* Fürsorge- und Treuepflicht, nicht aber die daraus abgeleiteten ¹⁾ und mittlerweile teilweise gesetzlich normierten Einzelrechte und -pflichten sind.

Aus der Aufgabenstellung ergibt sich zugleich das methodische Vorgehen.

Zunächst wird die Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht untersucht, wobei sich die Notwendigkeit ergeben wird, die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses zu beleuchten. Das Ergebnis wird dann anhand einiger Einzelpflichten unter dem Gesichtspunkt untersucht, welche Bedeutung der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht heute zukommt.

In einem weiteren Teil werden die Rechtsinstitute im Beamtenrecht untersucht, wobei aufgrund vorgegebener historischer Tatsachen zwischen der Untersuchung der Treue- und der der Fürsorgepflicht getrennt wird.

In einem Exkurs wird dann noch auf die Besonderheiten des Rechts der nichtbeamteten Bediensteten im öffentlichen Dienst eingegangen.

Das Ergebnis der Gesamtuntersuchung ist in einem letzten Teil zusammengefaßt.

1) z.B. die politische Treuepflicht des Beamten

1. Teil: DIE ALLGEMEINE FÜRSORGE- UND TREUE-
PFLICHT IM ARBEITSRECHT

A Die Entwicklung der Fürsorge- und Treuepflicht
 bis zum Ende des zweiten Weltkrieges

Die Grundlage der Fürsorge- und Treuepflicht, wie sie sich heute darstellt, ist das Dienstvertragsrecht des BGB.

Deshalb soll die historische Betrachtung des Rechtsinstituts der arbeitsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht auch mit der Entstehung des BGB beginnen.¹⁾

I Die Zeit von der Entstehung des BGB
 bis zum Ende des ersten Weltkrieges

1. Die Fürsorgepflicht

Die Ausgestaltung der Fürsorgepflicht erfolgte in den §§ 617 - 619 BGB.²⁾

-
- 1) Keineswegs ist es so, daß das BGB erstmals eine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers normierte. Es gab im 19. Jahrhundert in einigen Gebieten des Arbeitsvertragsrechts - so im Lehrlings- und Gesellenrecht und im Gesinderecht - fürsorgeähnliche Bestimmungen. (vgl. etwa die Pflichten des Dienstherrn aus dem Lehrvertrag, § 126 PreußGewO v. 17.1.1845; und die Pflichten der Herrschaft, §§ 82 ff PreußGesindeO v. 8.11.1810 vgl. auch: OGRIS, Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalter bis ins 19. Jahrhundert, in: RdA 1967, 286 ff)
- 2) § 616 I BGB wird bereits in der 2. Lesung nur als Gefahrtragungsregel aufgefaßt, vgl. Prot. Bd. II, S. 280

a) Ihre Kodifizierung in den §§ 617 - 619 BGB
und die Gründe dafür

Diese Bestimmungen fehlten noch im ersten Entwurf des BGB. Dieser gestaltete den Dienstvertrag in Anlehnung an die gemeinrechtliche Sachmiete (locatio conductio operarum) noch als reines Austauschverhältnis.

Daß die Bestimmungen doch noch in die endgültige Fassung gelangten, hatte mehrere Gründe.

Zum ersten entsprach die Regelung so sehr dem allgemeinen Rechtsempfinden, daß sie nicht zu umgehen war.¹⁾

Zum zweiten hatte sich die Rechtsprechung schon mit dieser Frage befassen müssen.²⁾

Zum dritten hatte v.GIERKE³⁾ eindringlich auf das Fehlen dieser Normen hingewiesen. Wie sich aus späteren Stellungnahmen⁴⁾ ergibt, sieht er in der in den §§ 617 und 618 BGB normierten "Fürsorgepflicht" "die personenrechtliche Seite, in der alle Verpflichtungen des Herrn, wie sie die Herrentreue bedingt", fortleben.

Daraus folgt, daß es ihm nicht um die Einführung grundlegend neuer sozialer Normen in das bürgerliche Recht ging, sondern ihm offensichtlich nur an einer

1) vgl. bei MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 287

2) RG Z 8, 149 zur Frage, ob die in § 120 GewO getroffene Regelung auch für nicht unter diesen Beschäftigungskreis fallende Arbeitnehmer und Arbeitgeber gilt

3) v.GIERKE, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 105 und 247

4) v.GIERKE, Die Wurzeln des Dienstvertrages, S. 57 f. derselbe, Privatrecht, 3. Band, 1917, S. 620

Antithese zum romanistischen Denken gelegen war.¹⁾

Die Materialien²⁾ zeigen deutlich, daß den Gesetzgeber bei der Normierung der §§ 617, 618 BGB nicht etwa die Notwendigkeit zur Schaffung einer allgemeinen Fürsorgepflicht bewegte. Vielmehr sollte hier nun auch im bürgerlichen Recht das verankert werden, was bereits im Gewerberecht und im partikularen Gesinderecht geregelt worden war.³⁾

Auch die Literatur weist in den Anfangsjahren des BGB darauf hin, daß das Gesetz bezüglich der Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten keine Neuerungen gegenüber dem früheren Recht bringe. So sah RÜMELIN in § 618 BGB nichts anderes als eine Konkretisierung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgrundsatzes, aus dem sich bereits ergebe, "daß der Dienstberechtigte, wenn er Räume und Gerätschaften beschafft, dies nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen und die Sitte des Verkehrs zu tun hat." Es liege "keine Bestimmung vor, die etwas Neues anordnet, sondern nur eine vollständig adäquate Fixierung der Anforderungen, die sich aus dem § 242 BGB und aus der bona fides ergeben."⁴⁾

Es war allgemeine Auffassung, daß man meinte, mit der Normierung der §§ 617 - 619 BGB eine soziale Leistung vollbracht zu haben und an den Rand des Möglichen gegangen zu sein.⁵⁾

Ausweislich der Protokolle⁶⁾ erkannte der Gesetz-

1) so auch WIEDEMANN, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 2

2) z.B. zur Diskussion des § 617 BGB vgl. Protokolle, S. 288

3) §§ 120 a ff GewO; zum Gesinderecht vgl. FN 1 S. 4

4) RÜMELIN, Dienstvertrag S. 265 ff; vgl. auch: PLANCK, BGB, Bd. II (1907), § 618 BGB anm 1

5) RYSSEL, Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, S. 32

6) Protokolle Bd. II, S. 287 ff, 290

geber zwar, daß ein wirksamer und umfassender Schutz der Arbeitnehmerklasse noch nicht erreicht sei, meinte aber, daß die Erreichung dieses Ziels die Aufgabe des öffentlichen Rechts, nämlich der staatlichen Sozialpolitik sei.

Die Rechtsprechung und Literatur waren offensichtlich mit der gesetzlichen Regelung einverstanden, da sie in der Folgezeit zunächst keine Versuche unternahmen, diese im Wege einer Auslegung oder Analogie zu erweitern. So stellte etwa LOTMAR¹⁾ fest, daß dem Dienstverhältnis - anders als allen sonstigen Austauschverhältnissen - auch die Person als solche ergreifende Bedeutung zukommt. Diesem Umstand werde aber durch die Regelung der §§ 617 - 619 BGB vollauf Rechnung getragen.

Das Reichsgericht betont in einer Entscheidung aus dem Jahre 1904²⁾, daß den §§ 616 - 618 BGB der Charakter positiver Sonderbestimmungen zukommt. Keinesfalls aber deuteten diese Normen auf das Bestehen eines allgemeinen, wenn auch nur in Einzelbestimmungen angesprochenen Rechtssatzes hin.

b) Der allgemeine Inhalt der Fürsorgepflicht im BGB und den Spezialgesetzen

Dem "Dienstberechtigten" wurde durch die §§ 617, 618 II BGB zur Rechtspflicht gemacht, Sorge für Leben, Gesundheit, Sitte und Religion der in seiner Hausgemeinschaft aufgenommenen Beschäftigten zu tragen und zwar auch dann, wenn diese einmal er-

1) LOTMAR, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1. Bd., 1902, S. 7 ff

2) RG Z 63, 55

kranken sollten.

Für nicht in Hausgemeinschaft lebende Dienstverpflichtete beschränkte § 618 I BGB den Schutz auf die elementarsten Rechtsgüter, nämlich Leben und Gesundheit.

Den gewerblichen Arbeitnehmern stand ein solcher Schutz schon nach § 120 a GewO zu. Als letzte Gruppe erhielten die im kaufmännischen Bereich Tätigen durch die Vorschrift des § 62 HGB einen ebensolchen Schutz.

Die Pflichten des Arbeitgebers ("Dienstberechtigten") aus §§ 617, 618 BGB erhielten durch die Norm des § 619 BGB zwingenden, unabdingbaren Charakter.

c) Die Fürsorgepflicht im Rahmen des Dienstvertragsrechts

Betrachtet man das Recht des Dienstvertrages, so wie es im BGB normiert worden ist, so treten zwei Punkte deutlich hervor: als erster der der Vertragsfreiheit, die den Parteien die Gestaltung ihrer Beziehungen weitestgehend selbst überlassen will.

Aus diesem Grunde wird auch die Zurückhaltung bei der Normierung dieses Rechtsgebiets und die große Anzahl dispositiver Vorschriften verständlich.¹⁾

Das Gesetz geht dabei davon aus, daß die Kontrahenten rechtlich gleichwertig sind. Das BGB berechtigt demnach den Arbeitnehmer, genau wie den gewerblichen Arbeitnehmer in § 105 GewO, Rücksicht auf seine Belange bei Vertragsschluß zu fordern. Daß der Arbeitnehmer hierzu tatsächlich *n i c h t* in der Lage ist, solche Forderungen durchzusetzen, wurde vom Gesetzgeber in Kauf genommen.

1) vgl. z.B. Protokolle S. 294

Soweit gleicht die durch die Vertragsfreiheit normierte Gleichberechtigung der Parteien des Arbeitsvertrages einer rechtlichen Fiktion; die tatsächlichen Machtverhältnisse wurden durch das BGB nicht geändert.¹⁾

Der zweite hervorragende Punkt ist die Einstufung des Dienstvertrages in die Systematik des Gesetzes.

Nach seiner Stellung und Ausgestaltung im BGB gehört der Dienstvertrag zur Gattung der gegenseitigen schuldrechtlichen Austauschverträge.²⁾

Wie bereits angedeutet, werden durch die §§ 617, 618 BGB sowohl die Vertragsfreiheit als auch das schuldrechtliche Austauschverhältnis durchbrochen, ohne daß dadurch der ursprüngliche Gesamtcharakter des Dienstvertrages verloren geht. Aus dieser Sicht erscheinen die sich aus diesen Vorschriften ergebenden Pflichten des Dienstberechtigten als Nebenpflichten, die, um ihrer Aufgabe als Schutznormen für den schwächeren "Dienstverpflichteten" gerecht zu werden, sowohl beim Abschluß als auch während der Dauer des Vertrages gemäß § 619 BGB zwingenden Charakter haben.

1) so auch RYSEL, S. 30 und WIEDEMANN, S. 2, der zu Recht feststellt, daß das BGB im wirtschaftlichen Bereich ein Gesetzbuch für ein "Volk von Krämern" ist, "das weder die mächtigen noch die schwachen Volksklassen in seine Vorstellungswelt aufnimmt, weder das große Kapital noch die abhängigen Lohnarbeiter".

2) FABRICIUS, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S. 23

2. Die Treuepflicht

Auf Seiten des Arbeitnehmers ("Dienstverpflichteten") bestand neben der Arbeitspflicht keine besondere weitere Verpflichtung. Das BGB normierte keine Treuepflicht des Arbeitnehmers. Sie war lediglich immanenter Bestandteil der allgemeinen Pflicht, die versprochenen Dienstleistungen nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu erbringen.¹⁾

II Die Zeit der Weimarer Republik

Mit dem Erlaß der Verordnung vom 23. Dezember 1918 über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Arbeitsstreitigkeiten sowie der am darauffolgenden Tag erlassenen vorläufigen Landarbeitsordnung begann in Deutschland das moderne Arbeitsrecht.

Hier wird zum ersten Mal in Deutschland auch vom Gesetz- und Verordnungsgeber das Schutzbedürfnis von ganzen Volksgruppen anerkannt und zur Überwindung der kriegsbedingten Notlage ein juristisches Instrumentarium zur Verfügung gestellt. Erstmals dürfen Mindestarbeitsbedingungen durch außergesetzliche Normen geregelt werden:

Die Tarifverträge setzen zwingendes, nur staatlichen Vorschriften weichendes Recht.

Die Weimarer Reichsverfassung sanktionierte die neue Rechtslage, die in der Folgezeit durch Schutzgesetze über Arbeitszeit, Frauenarbeit, Schwerbeschädigtenbeschäftigung u.a. erweitert wurde.

1) RICHARDI, Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland in: TOMANDL (Hrsg) Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht 1975, S. 45

Die Arbeitsrechtswissenschaft versteht seit dieser Zeit den Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrages, der sich durch das Merkmal persönlicher, nicht notwendig auch wirtschaftlicher Arbeit auszeichnet.¹⁾

Nach der Untersuchung Otto v. GIERKE's²⁾ über die Wurzeln des Dienstvertragsrechts herrschte die Meinung vor, daß "personenrechtliche" Elemente dem Arbeitsvertrag eigentümlich seien.³⁾

Aus dieser Erkenntnis zog man für die Existenz einer allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers allerdings keine Konsequenzen. Die Zahl der Fürsorgepflichten wurde nicht über die im Gesetz normierten hinaus erweitert. Sie wurden auch weiterhin als "arbeitsvertragliche Nebenpflichten" bezeichnet.⁴⁾ Auch POTTHOFF⁵⁾ und SINZHEIMER⁶⁾, die beide die Schaffung eines neuen sozialen Arbeitsrechts forderten, entwickelten keine allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

1) vgl:

HUECK-NIPPERDEY, Arbeitsrecht I, 1. Aufl. 1928
S. 36
KASKEL, Arbeitsrecht, 1. Aufl. 1925, S. 48
OERTMANN, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1921,
S. 11
SINZHEIMER, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1921,
S. 4

2) v. GIERKE, Wurzeln, S. 57 ff
derselbe, Privatrecht, 3. Bd., S. 620

3) vgl:

HUECK-NIPPERDEY, Arbeitsrecht I, 1. Aufl. 1928
S. 88
MELZBACH, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 28
MOLITOR, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925,
S. 14
OERTMANN, a.a.O., S. 21
STAUDINGER-NIPPERDEY, BGB, 1928, Vorbem. II G e
vor § 611 BGB

4) vgl. hierzu RYSEL, S. 41 - 44

5) POTTHOFF, Probleme des Arbeitsrechts, S.82

6) SINZHEIMER, Die Fortbildung des Arbeitsrechts,
S. 16 ff

POTTHOFF¹⁾ sieht die Diskrepanz im Arbeitsverhältnis darin, daß der Arbeitnehmer seine Person, der Arbeitgeber hingegen Sachwerte leiste; Arbeit werde im Austausch gegen Kapital geleistet. Daraus folgert er aber nur die Notwendigkeit, daß der Staat umfassend in die Befugnisse des Arbeitgebers zum Schutz der Arbeitnehmerpersönlichkeit eingreifen müsse. Ähnlich argumentiert SINZHEIMER.²⁾

Hinsichtlich der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergab sich im Vergleich zur Vorkriegszeit keine Änderung.

III Die Zeit des Nationalsozialismus

Der nächste Schritt zur Anerkennung einer allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und auch einer Treuepflicht des Arbeitnehmers hin wurde mit dem Erlaß des "Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit" (AOG) vom 20. Januar 1934 getan, ohne daß dies wohl vom Gesetzgeber beabsichtigt worden war.³⁾

1. Das AOG - ein betriebsverfassungsrechtliches Gesetz als Schrittmacher für eine allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht

Der Sinn des Gesetzes war eine Kollektivierung der Arbeitnehmer: Es wurde eine Betriebsgemeinschaft als Arbeits- und Lebensgemeinschaft fingiert, in der die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Klassengegensätze aufgehoben waren.⁴⁾ Auf diese Weise

1) POTTHOFF, Probleme S. 82

2) SINZHEIMER, Fortbildung, S. 16 ff

3) so auch RYSEL, S. 47

4) LÜTGE, Deutsche Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 1966, S. 564

sollte versucht werden, die innerbetrieblichen Spannungen abzubauen, um so zielstrebig die Betriebszwecke zu erreichen und dem Volksganzen förderlich zu sein.¹⁾

Um den in § 1 AOG festgelegten Grundsatz der Betriebsgemeinschaft erreichen zu können, wurde in § 2 II 1 AOG dem "Betriebsführer" die Verantwortung für das Wohl der "Gefolgschaft" übertragen; die Gefolgschaft hatte diesem ihrerseits gemäß § 2 II 2 AOG die in der Gemeinschaft begründete Treue zu halten.

Die erstmalige gesetzliche Normierung einer Treuepflicht gab dem Arbeitgeber ein Disziplinierungsmittel an die Hand, ganz im Sinne der "Grundeinstellung des Nationalsozialismus"²⁾, daß der einzelne nichts, die Volksgemeinschaft aber alles sei. Mit der dadurch zwangsläufig verbundenen Abwertung der Individualität des Menschen war auch die Abwertung der Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers im Betrieb verbunden. Der Arbeitnehmer hatte sich - wie gerade ausgeführt - dem Betriebszweck und dem Volksganzen zu beugen.

Die in § 2 II AOG normierten Pflichten sind aber **k e i n e** arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers.³⁾ Dies folgt aus der Rechtsnatur dieses Gesetzes. Das AOG war nämlich ein betriebsverfassungsrechtliches Gesetz, § 2 II AOG somit eine kollektive Norm.⁴⁾ § 2 II AOG verpflichtete den Betriebsführer zur Für-

1) RYSEL, S. 48

2) so PINTHER, Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?
AuR 1961, 225 ff

3) DIETZ, AOG, 1. Aufl., § 2 Bem. I 4 c

4) vgl. STAUDINGER-NIPPERDEY, BGB, Bd. II, 9. Aufl., 1928, § 611 Vorbem. III 3 a

sorge gegenüber der gesamten Gefolgschaft, nicht hingegen nur für einzelne Arbeitnehmer. Folgerichtig bestand daher für das einzelne Betriebsmitglied kein Anspruch auf Innehaltung dieser Pflicht durch den Betriebsführer. Die Sanktionierung der Außerachtlassung dieser Betriebsführerplichten war nicht im Dienstvertragsrecht, sondern im AOG - § 39 - geregelt.

DIETZ¹⁾ stellte zu Recht fest, daß § 2 II AOG rechtlich nicht als Anspruchsgrundlage zu qualifizieren ist, sondern als Anweisung an den Betriebsführer oder als Richtlinie für dessen Verhalten der Gefolgschaft gegenüber.

Wäre es in der Folgezeit bei dieser rein betriebsverfassungsrechtlichen Auffassung der Norm des § 2 II AOG geblieben, wäre sie wohl nicht zur "Schrittmacherin" auf dem Wege zur Schaffung einer "allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht" geworden.

2. Die Weiterentwicklung auf der Grundlage des AOG

Das AOG vom 20.1.1934 war, wie oben dargestellt, ein rein betriebsverfassungsrechtliches Gesetz.

a) Sinn und Zweck des AOG aus der Sicht des Gesetzgebers

Aber schon die Terminologie dieses Gesetzes zeigt, daß dem neuen politischen Gesetzgeber an zweierlei Dingen gelegen war:

Das wichtigste Anliegen war, daß man sich bemühte, die im Betrieb zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehenden (Klassen-) Gegensätze aufzuheben. Um dieses Ziel zu erreichen, kollektivierte man die

1) DIETZ, AOG, 1. Aufl., § 2 Bem. III vor 1)

im Betrieb arbeitenden Menschen: Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollten fortan in einer (fiktiven) Betriebsgemeinschaft zusammengefaßt werden, soziale Spannungen und Interessengegensätze dadurch eingebettet werden.

Zum zweiten sollte eine Wiederbelebung der rein deutschrechtlichen Vorstellungen von "der in Treue zu ihrem Führer stehenden Gefolgschaft"¹⁾ erfolgen.

Folgerichtig war im AOG vom "Betriebsführer" statt Arbeitgebern und von "Gefolgschaft" statt Arbeitnehmern die Rede.

b) Die Entwicklung in der Literatur - das AOG als
"Grundgesetz der Arbeit"

Den Arbeitsrechtswissenschaftlern jener Zeit genügte die Behandlung des AOG als rein betriebsverfassungsrechtliches Gesetz nicht.

Sie betrachteten es vielmehr als "Grundgesetz der Arbeit".²⁾

So wurden die dominierenden Begriffe des AOG wie "Betriebsgemeinschaft", "soziale Ehre" und "Treue und Fürsorge" von der Literatur zu zentralen Begriffen und Wertmaßstäben des Arbeitsrechts erhoben.

Vor allem SIEBERT forderte in seiner Schrift "Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit"³⁾ zur Bekämpfung der Vertragslehre des BGB auf. Sein erklärtes Ziel war es, den Dualismus zwischen Arbeitsvertrag und Betriebszugehörigkeit zu überwinden. Um dies verwirklichen zu können, wollte er dem Arbeitsvertrag aus dem Treuegedanken heraus eine neue Struktur geben.

1) vgl.dazu DIETZ, AOG, 1.Aufl., § 2 Bem. III 1

2) z.B. HUECK, Festschrift für HEDEMANN, 1938, S. 316

3) SIEBERT, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935, S. 68 ff

DIETZ ersetzte den von ihm verworfenen Dualismus durch das "Gemeinschaftsverhältnis". Dieses allein sei für alle Rechtsfolgen aus der Betriebszugehörigkeit verantwortlich.

Damit wurde der Arbeitsvertrag aus dem System des BGB gelöst. Die Arbeitsaufnahme in einem Betrieb bedeutete für den "Gefolgschafter", daß er in eine Betriebsgemeinschaft eingegliedert wurde. Diese stellte eine körperschaftsähnliche Ordnung dar, deren Wirkungen insgesamt auf der beiderseitigen Treuepflicht beruhten. Die Ausgliederung aus der Betriebsgemeinschaft ersetzte die Kündigung.

Mit der immer stärkeren Betonung des Gemeinschaftsdenkens trat die Charakterisierung des Arbeitsvertrages als schuldrechtliches Austauschverhältnis in den Hintergrund.

Das Arbeitsverhältnis wurde ausschließlich nur noch als ein durch gegenseitige Treuepflichten bestimmtes Rechtsverhältnis angesehen: "Die Treuepflicht ist die eigentliche, die primäre Pflicht. Alle anderen Pflichten entspringen aus ihr, sind eigentlich schon in ihr enthalten, sind Erscheinungsformen der Treuepflicht..... Auch die Pflicht zur Lohnzahlung und zur Arbeitsleistung erscheinen als Konkretisierung, allerdings als charakteristische Konkretisierung der gegenseitigen Treuepflicht im Rahmen des Arbeitsverhältnisses."¹⁾

Eigentümlicherweise präzisieren die Autoren jener Zeit das Wesen der Gemeinschaft niemals näher, sondern umschreiben nur seine behaupteten Wirkungen²⁾: "Echte Gemeinschaft ist niemals bloße Idee, bloße Einheit des Wollens und Fühlens, die erst in Einzelpersönlichkeiten Gestalt gewinnen könnte, sondern sie

1) DIETZ, Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse in: Festschrift für HEDEMANN, S. 331, FN 6

2) SCHWERDTNER, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, S. 31

ist lebendige (existentielle und substantielle) Wirklichkeit; echte Gemeinschaft ist niemals äußere Beschränkung, Zurückdrängung oder Bändigung, sondern sie ist wesensmäßig einheitliche und ganzheitliche Gestaltung; echte Gemeinschaft ist niemals ein Maßstab, der an einen davon getrennten Gegenstand anzulegen wäre, sondern sie trägt ihren 'Maßstab' in sich, muß also aus sich heraus verstanden werden; echte Gemeinschaft kann niemals erst Synthese, Ausgleich und Ergebnis sein, sondern sie ist immer schon Ausgangspunkt und Wesensgrundlage; echte Gemeinschaft ist niemals 'sphärenmäßig' partiell, sondern sie ist stets ganzheitlich. Die Wirkungen der Gliedstellung in der Gemeinschaft können niemals als isolierte Beziehungen zwischen zwei 'Rechtspersonen' angesehen und erklärt werden, sondern es handelt sich um Gestaltungen und Erscheinungsformen einer einheitlichen Ordnung; erst recht nicht können die letztthin insgesamt auf der Treue aufgebauten Pflichten etwa als 'Rechtspflichten' in einzelnen Tatbeständen oder Ansprüchen erschöpfend aufgezählt werden." ¹⁾

SCHWARZ/HOLZER²⁾ stellen zu Recht fest, daß dies nichts anderes als die Ablösung rationalen Vertragsdenkens durch ideologisch stilisierte Generalklauseln bedeutet.

Folgerichtig betonte SIEBERT³⁾ denn auch, daß Interessendenken und Gemeinschaftsdenken unüberbrückbare Gegensätze seien.

Auch das Problem, daß die in § 2 II AOG normierte "Betriebsgemeinschaft" lediglich betriebsverfassungsrechtlichen Charakter hat, bewältigte SIEBERT⁴⁾ eben-

1) SIEBERT, Arbeitsverhältnis, S. 62

2) SCHWARZ/HOLZER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre künftige Gestaltung, S. 25

3) SIEBERT, Arbeitsverhältnis, S. 13

4) SIEBERT, Arbeitsverhältnis, S. 63

so "souverän": "Der Betrieb als 'lebendiger Organismus' und die Betriebsgemeinschaft als wirkliche Lebens- und Schicksalsgemeinschaft müsse auch den sog. 'Einzelarbeitsvertrag' erfassen."

Fast die gesamte Arbeitsrechtswissenschaft übernahm SIEBERT's Ansicht: Das Arbeitsverhältnis wurde von nun an zum Gemeinschaftsverhältnis ohne schuldrechtlichen Charakter erhoben; diesem seien gegenseitige Treuepflichten - die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Gefolgschafters) - immanent.

Damit war in der arbeitsrechtlichen Literatur die Geburt einer Treue- und Fürsorgepflicht vollendet. Sie wurde nunmehr von Autoren wie z.B. DIETZ¹⁾ und NIKISCH²⁾ als Hauptpflicht des Arbeitsverhältnisses betrachtet.

c) Die Entwicklung in der Rechtsprechung

Die eben skizzierte Entwicklung in der arbeitsrechtlichen Literatur ist nicht ohne Wirkung auf die Rechtsprechung des RAG geblieben.

Die schrittweise Herausbildung einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht in der Judikatur des RAG soll im folgenden an Hand von RAG-Urteilen aufgezeigt werden.³⁾

1) DIETZ, Textausgabe AOG, Einleitung S. 5 und DIETZ, AOG, § 2 Rdn 11, 14, 16
Zur gesamten Entwicklung vgl. HIENZSCH, Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich und ihre historische Vorbereitung, Marburg 1970

2) NIKISCH, Arbeitsrecht, S. 88/89

3) Es ist zu bemerken, daß die Rechtsprechung des RAG zur Fürsorge- und Treuepflicht nicht ideologiefrei ist. Lediglich die Forderungen nach der Bekämpfung der Vertragslehre des BGB spricht das Gericht nicht so deutlich aus wie z.B. DIETZ (s.o. FN 1 auf dieser Seite)

Dies erscheint angezeigt, da sich nach dem zweiten Weltkrieg das Bundesarbeitsgericht auf diese Urteile bezieht und insofern von einer gefestigten Rechtsprechung spricht.

aa) Die stufenweise Herausbildung einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht

Der Verlauf der stufenweisen Entwicklung läßt sich mit dem Urteil des RAG vom 20.2.1935¹⁾ gut verdeutlichen.

In dem diesem Urteil zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es um die Kündigung eines bereits gewählten Vertrauensmannes unmittelbar vor dessen "Amtsverpflichtung".

Das Gericht befand, daß der Betriebsinhaber mit der den Amtsantritt verhindernden Kündigung - neben den Wahlbestimmungen - auch seine ihm aus der Betriebsgemeinschaft und aus der Treuepflicht des § 2 II AOG gegenüber der Gesamtheit der Gefolgschaft obliegende betriebsverfassungsrechtliche Pflicht verletzt habe.

Diese rein gemeinschaftsrechtliche Anwendung des § 2 II AOG dehnte das Gericht in demselben Urteil aber auf das Arbeitsvertragsrecht aus. Denn der erkennende Senat führte zur Kündigungsberechtigung des Betriebsführers aus, daß es darauf ankomme, "daß er vermöge des dem Dienstvertrag nach dem AOG innewohnenden Treueverhältnisses und den Pflichten gegenüber der Gefolgschaft ohne beachtlichen Grund dem Kläger seine Stellung nicht kündigen könne."

Damit sah das RAG das "Treueverhältnis" des AOG nicht nur als betriebsverfassungsrechtliches Institut an, sondern auch als Maßstab bei der Anwendung arbeits-

1) ARS 23, 58

vertraglicher Befugnisse.

Diese Rechtsauffassung bestätigte das RAG in einem zeitlich kurz darauffolgenden Urteil vom 23.3.1935.¹⁾ In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das Gericht über eine Klage auf Urlaubsgewährung zu entscheiden. Der Kläger gründete seinen vermeintlichen Anspruch auf § 2 II AOG.

Das RAG vertrat die Ansicht, daß § 2 II AOG keine Anspruchsgrundlage für einen Erholungsurlaub sei. Auch komme dieser Vorschrift nicht die Funktion einer "Rahmenbestimmung zu, deren Ausfüllung durch den Richter doch niemals die Sicherheit verbürgen könnte, deren die Arbeitsbedingungen des einzelnen Arbeitsverhältnisses bedürfen."

Das Gericht sieht die Aufgabe dieser Norm vielmehr darin, daß sie "den Geist zum Ausdruck bringen will, der fortan die Arbeitsbeziehungen erfüllen und beherrschen soll."

In den Urteilsgründen kommt klar zum Ausdruck, daß nunmehr auch das RAG davon ausgeht, daß § 2 II AOG dem Einzelarbeitsverhältnis von der gemeinschaftsrechtlichen Seite ein neues Gepräge gibt: Es verliert - mehr oder minder - seinen schuldrechtlichen Charakter und ist "mehr personenrechtlicher Natur".²⁾

Demzufolge sind nach der Auffassung des Gerichts "die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten auszulegen."³⁾

Ansprüche können dagegen nach wie vor nur aus diesbezüglichen Normen oder aus Vertrag hergeleitet werden.

1) RAG ARS 23, 170 ff
vgl. zu diesem Urteil DERSCH, Entwicklungstendenzen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, RdA 1949, S. 325 ff (326)

2) RAG ARS 23, 170 ff

3) RAG ARS 23, 170 ff

Aus den bisher angeführten Urteilen ergibt sich, daß das RAG bis zu diesem Zeitpunkt bezüglich einer Anerkennung des Rechtsinstituts einer "allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht"¹⁾ noch sehr zurückhaltend operiert.

Der in dem § 2 II AOG normierte Gedanke einer allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht wirkt als personenrechtliches Element, als Ausdruck der (fiktiven) "inneren Verbundenheit" derart auf das einzelne Arbeitsverhältnis ein, daß er Richtlinie für das Verhalten des Betriebsführers und Auslegungsmaßstab seiner Befugnisse gegenüber dem Beschäftigten bezüglich des rechtlichen Bereiches des Einzelarbeitsverhältnisses ist.

Das Gericht hat hier aber schon den entscheidenden Gesichtspunkt für die weitere Entwicklung genannt: den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses.

Denn wenn dieser in Zukunft (noch) stärker betont wird, erhält die Treue- und Fürsorgepflicht immer mehr Bedeutung und vertragsrechtliche Qualität.²⁾

bb) Die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht als
Anspruchsgrundlage in besonderen Fällen

Daß sich auch in der Rechtsprechung des RAG der Einfluß "von der Gemeinschaftsseite her" auf das Arbeitsverhältnis verstärkte, verdeutlicht eine Entscheidung aus dem Jahre 1938.³⁾

In diesem Urteil, in dem das RAG über die Frage der Gewährung eines Ruhegeldanspruchs zu entscheiden hatte, wird zum ersten Mal die Möglichkeit bejaht, auf-

1) so die regelmäßige Terminologie des RAG;
vgl. dazu auch RYSEL, S. 49

2) so auch RYSEL, S. 52

3) RAG, Urteil vom 19.1.1938 in: ARS 33, 172 ff

grund der Treue- und Fürsorgepflicht einen vertraglichen Anspruch zu erwerben.

Dem Kläger stand ein vertraglicher Anspruch auf Ruhegeld nicht zu. Deswegen hätte die Klage eigentlich mangels einer Anspruchsgrundlage abgewiesen werden müssen.

Aber im Gegensatz zu den oben aufgeführten Urteilen geht der erkennende Senat in diesem Fall einen Schritt weiter: Der personenrechtlichen Seite des Arbeitsverhältnisses wird jetzt noch mehr Gewicht beigelegt. Dazu führt das Gericht aus:

"Die aus der Gemeinschaftsbindung je nach der Lage des Einzelfalles gezogenen Beziehungen und Folgen sind demnach nicht ohne Folge auf die schuldrechtliche Gestaltung und damit auf den INHALT des ARBEITSVERTRAGES."¹⁾

Das RAG betrachtet den Arbeitsvertrag nach wie vor als schuldrechtlichen Vertrag, während das Arbeitsverhältnis seiner Auffassung nach von der Gemeinschaftsseite her auch personenrechtliche Züge trägt.²⁾

Es meint wohl, daß die Auswirkungen des personenrechtlichen Elements des Arbeitsverhältnisses im Arbeitsvertrag zu schuldrechtlichen Ansprüchen transformiert werden.³⁾ Weiter führt das RAG aus, daß

"nicht ohne weiteres jede denkbare aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Betriebsführers abzuleitende Einzelpflicht einen vertraglichen Anspruch begründen kann." Diese Aussage bedeutet aber nichts anderes, als daß in bestimmten Fällen derartige vertragliche Ansprüche eben doch entstehen können.

Den Urteilsgründen läßt sich nur wenig darüber ent-

1) Hervorhebung durch den Verfasser

2) so auch RYSEL, S. 53, FN 71

3) Diese Trennung zwischen Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag wird später immer stärker nivelliert.

nehmen, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch besteht. Fest steht hierbei nur, daß die dem arbeitsvertraglichen Anspruch entsprechende Einzelpflicht des Betriebsführers "der Verwirklichung der Betriebsgemeinschaft förderlich sein muß."¹⁾

Daraus ergibt sich, daß die Grundvoraussetzung eines aus der Treue- und Fürsorgepflicht abzuleitenden Anspruches ist, daß seine Verwirklichung im Gemeinschaftsinteresse und nicht im Einzelinteresse des "Gefolgschafters" liegt.²⁾

Die letzte Phase zur Anerkennung einer allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht vollzieht sich in der Rechtsprechung des RAG in einer ebenfalls aus dem Jahre 1938 stammenden Entscheidung.³⁾

In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das Gericht darüber zu entscheiden, ob "auf Grund des § 2 II AOG eine Fürsorgepflicht der vorgeetzten Dienststellen gegenüber den Behördenangestellten des Inhalts besteht, daß den Angestellten die amtlichen Besoldungsblätter, die ihr Gehalt betreffen, vorzulegen, oder inhaltlich bekanntzugeben sind."

Das Gericht bejahte diese Frage ausnahmsweise, da hier ungewöhnlicherweise eine bestimmte Gehaltserhöhung von einem Antrag abhängig gemacht worden war. Die Angestellten hätten hier auf die Besoldungsblätter hingewiesen werden müssen, da deren Kenntnis zur Vermeidung von Nachteilen notwendig war. Diese fallspezifische Verpflichtung des Dienstvorge-

1) RAG ARS 33, 172

2) Der Ruhegeldanspruch wurde hier vom Gericht gewährt, da in dem Betrieb eine entsprechende Übung herrschte, und es daher mit der Fürsorgepflicht des Betriebsführers nicht vereinbar war, ohne sachlichen Grund allein den Kläger davon auszunehmen.

3) RAG E 20, 151 ff

setzten wurde vom erkennenden Senat aus der "für jedes Arbeitsverhältnis bestehenden a l l g e - m e i n e n Fürsorgepflicht¹⁾" abgeleitet. Denn diese gebe "den Dienstverträgen der preußischen Behördenangestellten einen bestimmten Inhalt." Das Gericht stellt hier - im Gegensatz zu dem zuletzt erörterten Urteil - auf das Einzelinteresse ab. Denn Voraussetzung für die Entstehung des aus der allgemeinen Treuepflicht abgeleiteten Anspruchs war das besondere Angewiesen-Sein des einzelnen Angestellten auf die begehrte (Informations-)Maßnahme.

Der "personenrechtliche Grundsatz", der, wie oben beschrieben, ein Ausfluß "von der Gemeinschaftsseite her" ist²⁾, wird nunmehr auf das Einzelarbeitsverhältnis projiziert und manifestiert die "innere Verbundenheit" zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten.

HUECK³⁾ teilt diese Auffassung des RAG und stellt sie wie folgt dar:

Das sich in der Betriebsgemeinschaft vollziehende Einzelarbeitsverhältnis wird von den dort herrschenden Ideen derart beeinflusst, daß es nun nicht mehr rein schuldrechtlich, sondern mehr oder minder personenrechtlich wird.

Der Terminus "personenrechtlich" wird also im Sinn von nichtschuldrechtlich und vor allem nichtsynallagmatisch gebraucht.⁴⁾

1) RAG E 20, 155

2) RAG ARS 33, 172 ff

3) HUECK, Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in: Festschrift für HEDEMANN, S. 315

4) RYSEL, S. 56

Mit dieser Entscheidung ist vom RAG eine allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht angenommen worden. Nach wie vor geht das Gericht aber davon aus, daß die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht - wegen ihrer Herkunft aus § 2 II AOG - nichtvertraglicher Natur ist, und generell keine Anspruchsgrundlage darstellt. Nur in besonders gelagerten Fällen und unter Voraussetzungen wie im eben besprochenen Sachverhalt erzeugt die allgemeine Fürsorgepflicht konkrete Pflichten für den Unternehmer, denen Ansprüche des Beschäftigten entsprechen.

B Das Arbeitsverhältnis als "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" mit besonderen Fürsorge- und Treuepflichten - Die vorherrschende Auffassung in den fünfziger und sechziger Jahren

Durch das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 40 wurde die Norm des § 2 II AOG aufgehoben.

Damit war dem Rechtsinstitut der Fürsorge- und Treuepflicht die gesetzliche Grundlage entzogen.

Es ist aber nicht zu leugnen, daß unter Zuhilfenahme des Instituts der Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsrecht - wie oben aufgezeigt - soziale Fortschritte erzielt worden waren. Problematisch wirkte sich auch aus, daß diese noch keinen gesetzlichen Eingang in das Individualarbeitsrecht gefunden hatten. So lag zunächst einmal nahe, die arbeitsrechtliche Treue- und Fürsorgepflicht von der nationalsozialistischen Ideologie zu befreien. Zu einer völligen Preisgabe sah man sich nicht in der Lage, da anscheinend nur so die von den Länderverfassungen zum Auftrag gemachte soziale

Gerechtigkeit verwirklicht werden konnte.¹⁾

I Die Auffassung der Literatur

Zentraler Ausgangspunkt für die weitere Diskussion um die Begriffe Fürsorge- und Treuepflicht war ein Vortrag Alfred HUECK's, den dieser am 6. September 1946 - also vor dem Erlass des Alliierten Kontrollratsgesetzes Nr. 40 - in der philosophisch-historischen Abteilung der Bayrischen Akademie der Wissenschaften unter dem Titel "Der Treuegedanke im modernen Privatrecht" hielt.

HUECK versuchte hier, den seiner Auffassung nach für das Privatrecht essentiellen Treuegedanken²⁾ von der Herrschaft "nationalsozialistischer Phrasen"³⁾ zu befreien. Er kommt nach einer Untersuchung von Rechtsnormen und ethischen Normen zu der Auffassung, daß es im Privatrecht drei verschiedene sittliche Maßstäbe mit unterschiedlichen Rechtsfolgen gebe:

- Den der guten Sitten, der z.B. in den §§ 138 und 826 BGB zum Ausdruck kommt.

Dieser Maßstab verlangt, daß man gegenüber jedem Dritten eine gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung unterläßt.

- Den von Treu und Glauben, § 242 BGB.

Hier wird statuiert, daß man gegenüber Personen, mit denen man in konkreten Rechtsbeziehungen steht, "sein gesamtes Verhalten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ausrichtet, also auch positiv das

1) so RICHARDI, Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland, in: TOMANDL (Hrsg.): Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht S. 53

2) HUECK, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 4

3) HUECK, a.a.O., S. 4

tut, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die besondere Natur der konkreten Rechtsbeziehung erfordern."¹⁾

- Den der "echten Treuepflicht im eigentlichen Sinne."²⁾

Unter diesen Begriff sollen nur die Verhältnisse subsumiert werden, in denen enge persönliche Beziehungen zwischen Personen dergestalt getroffen werden, daß "von einem Gemeinschaftsverhältnis, und zwar von einer die Person selbst ergreifenden Gemeinschaft" gesprochen werden kann. Darunter sollen neben den "natürlich gewachsenen Gemeinschaften"³⁾ auch die durch besonderen Vertrag begründeten Gemeinschaften fallen.⁴⁾ Zu letzteren sollen auch die Arbeitsverhältnisse gehören.⁵⁾ Zur Begründung führt HUECK⁶⁾ folgendes an: "Im Arbeitsverhältnis stellt der Arbeitnehmer seine persönliche Arbeitskraft dem Arbeitgeber unter dessen Leitung zur Verfügung, er verspricht nicht nur einzelne, konkrete Arbeits-

1) HUECK, Treuegedanken, S. 11

2) HUECK, Treuegedanken, S. 12

3) Unter die natürlich gewachsenen sollen Ehe, Familie und "Volksgemeinschaft" fallen. Dies ist aus zwei Gründen bemerkenswert. Zum einen erscheint bei der "gewachsenen Gemeinschaft Ehe" die Unterscheidung zu den vertraglich begründeten Gemeinschaften unverständlich, da ja die "Gemeinschaft Ehe" - wenigstens die vor dem Standesbeamten geschlossene -, an die HUECK im Gegensatz zur sog. "wilden Ehe" im Jahre 1946 wohl ausschließlich gedacht haben dürfte, erst durch einen Vertrag zustande kommt. Zum zweiten ist bemerkenswert, daß HUECK, obwohl er doch unter dem Banner der Entrümpelung von nationalsozialistischen Phrasen angetreten ist, hier immer noch von "Volksgemeinschaft" spricht.

4) HUECK, Treuegedanken, S. 12

5) HUECK, Treuegedanken, S. 12

6) HUECK, Treuegedanken, S. 13

leistungen, sondern den Einsatz seiner Person. Auch dadurch wird eine enge persönliche Verbindung, ein Gemeinschaftsverhältnis begründet, das entsprechend alter deutschrechtlicher Auffassung vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht wird.¹⁾"

Alfred HUECK präzisiert in seinem zusammen mit NIPPERDEY herausgegebenen Lehrbuch des Arbeitsrechts die Existenz des von ihm behaupteten "Grundsatzes beidseitiger Treue im Arbeitsverhältnis": Der Arbeitnehmer erbringe die zu leistende Arbeit in Person und in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Dadurch werde die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in ganz anderer Weise erfaßt als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung; deshalb könne man den Arbeitsvertrag als personenrechtlichen Vertrag bezeichnen. Der Arbeitgeber, der sich die Leistung persönlicher Arbeit in seinem Dienst versprechen läßt, träte dadurch notwendig in enge persönliche Beziehungen zum Arbeitnehmer, so daß zwischen beiden ein über bloße schuldrechtliche Pflichten herausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art begründet werde. Wegen der persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander verpflichte dieses Rechtsverhältnis beide Teile zur Treue, d.h. auf Seiten des Arbeitnehmers zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers (=Treuepflicht des Arbeitnehmers), auf Seiten des Arbeitgebers zur Fürsorge für den Arbeitnehmer (=Fürsorgepflicht des Arbeitgebers). Wegen dieses beide Teile verbindenden Treuebandes könne man es als Gemeinschaftsverhältnis

1) Evtl. Bedenken, die der "beiderseitigen Treuepflicht" im Arbeitsverhältnis auf Grund ihrer Ausgestaltung im Nationalsozialismus (§ 2 II AOG) entgegenstehen könnten, versucht HUECK mit dem Hinweis zu begegnen, daß die Existenz auch schon vorher anerkannt war. (HUECK, Treuegedanken, S. 13)

bezeichnen. Es werde zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine personenrechtliche Gemeinschaft begründet, d.h. ein Rechtsverhältnis, das sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpft, sondern darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit der Beteiligten begründet und sie zu gegenseitiger Treue verpflichtet.¹⁾

Den Inhalt, den die Treuepflicht des Arbeitnehmers seiner Auffassung nach hat, beschreibt HUECK folgendermaßen: Auf Grund der zwischen den Parteien bestehenden persönlichen Beziehungen ist der Arbeitnehmer verpflichtet, die Interessen des Arbeitgebers und seines Betriebes nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt.²⁾ Allgemein ausgedrückt, bestehe für jeden Arbeitnehmer eine allgemeine Treuepflicht, die für sein gesamtes Verhalten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses von maßgebender Bedeutung sei.³⁾ Inhalt und Umfang dieser Treuepflicht richteten sich weitgehend nach den besonderen Umständen des in Betracht kommenden Arbeitsverhältnisses und nach der Verkehrssitte.⁴⁾

Eine ähnliche Ansicht vertritt NIKISCH:

Der Inhalt der Treuepflicht des Arbeitnehmers bestehe darin, "daß er sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen habe, was dem Betrieb abträglich sein könnte."⁵⁾ Außerdem beeinflusse die Treuepflicht auch die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers.⁶⁾ Die Treuepflicht ergebe sich aus

1) HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.1, S. 129

2) HUECK-NIPPERDEY, S. 242

3) HUECK-NIPPERDEY, S. 241

4) HUECK-NIPPERDEY, S. 242

5) NIKISCH, Arbeitsrecht, I.Bd., S. 446

6) NIKISCH, Arbeitsrecht, I.Bd., S. 448

der engen persönlichen Bindung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber oder seinen Betrieb. Angesichts der umfassenden Bedeutung der Treuepflicht für das Verhalten des Arbeitgebers sei es unmöglich, ihren Inhalt im einzelnen erschöpfend anzugeben.¹⁾

Demzufolge hat die Treuepflicht den Charakter einer Generalklausel für das Verhalten des Arbeitnehmers.

Die Treuepflicht des Arbeitgebers wird von NIKISCH²⁾ als Fürsorgepflicht und von HUECK³⁾ als Treue- und Fürsorgepflicht bezeichnet.⁴⁾

Nach der Auffassung HUECK's haben die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und die Treuepflicht des Arbeitnehmers den gleichen umfassenden Charakter;⁵⁾ die Fürsorgepflicht ist quasi die Kehrseite der "Medaille" Treuepflicht. Wie der Arbeitnehmer verpflichtet sei, die Interessen des Arbeitgebers und seines Betriebes nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt, so sei der Arbeitgeber verpflichtet, sich im Rahmen des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer einzusetzen, ihm Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen, und alles zu unterlassen, was die Interessen des Arbeitnehmers zu schädigen geeignet ist. Wie beim Arbeitnehmer die Treuepflicht, so hätte auch beim Arbeitgeber die Fürsorgepflicht zunächst die Bedeutung, daß sie den Inhalt und Umfang aller anderen Pflichten beeinflusst

1) NIKISCH, Arbeitsrecht, I.Bd., S. 446

2) NIKISCH, Arbeitsrecht, I.Bd., S. 470

3) HUECK-NIPPERDEY, S. 390

4) Im folgenden soll die behauptete Treuepflicht des Arbeitgebers stets als Fürsorgepflicht bezeichnet werden.

5) HUECK-NIPPERDEY, S. 390

und näher bestimmt.¹⁾ Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bedeute ähnlich dem § 242 BGB eine Generalklausel, aus der sich für den Arbeitgeber zahlreiche Einzelpflichten ergeben können.²⁾ Ähnlich argumentiert auch NIKISCH.³⁾

Demzufolge sind die Treuepflicht des Arbeitnehmers und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Generalklauseln. Die gesetzliche Grundlage der Fürsorge- und Treuepflicht kann nach HUECK "in § 242 BGB erblickt werden, wenn man sich klar macht, daß das, was Treu und Glauben im Rahmen eines Rechtsverhältnisses verlangen, nach der Art des Rechtsverhältnisses sehr verschieden sein kann, daß die zu stellenden Anforderungen um so größer werden, je enger die Beziehungen der Beteiligten sind, und daß sie deshalb bei personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen einen ganz besonders großen Umfang annehmen, den wir mit dem besonderen Ausdruck 'Treuepflicht' kennzeichnen können."⁴⁾ Auch hier ist die Auffassung von NIKISCH wiederum ähnlich.⁵⁾

Der größte Teil der arbeitsrechtlichen Literatur in den fünfziger und sechziger Jahren teilte die Auffassung von HUECK und NIKISCH, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsver-

1) HUECK-NIPPERDEY, S. 390

2) HUECK-NIPPERDEY, S. 405

3) NIKISCH, S. 471

4) HUECK-NIPPERDEY, S. 390 ff

5) NIKISCH, S. 496, 497

hältnis mit gegenseitigen Treuepflichten sei.¹⁾

-
- 1) BENDA, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als gesellschafts-politisches Problem, S. 439

BOLDT, Der Arbeitsvertrag nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland, S. 267

CREIFELDS, Rechtswörterbuch, Stichwort "Arbeitsvertrag"

DAHM, Deutsches Recht, S. 472

DERSCH, RdA 1949, 325 (326)
derselbe, Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB in: RdA 1958, 441 (443)

DIETZ, Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts in: Der Arbeitgeber 1950, 161 (162)

FECHNER, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht in: RdA 1955, 161 (162)

GRELL, Betriebsinhaberwechsel, 1957, S. 73

HECKLINGER, Die normative Kraft der grundgesetzlichen Sozialstaatsklausel in ihrer Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht, 1960, S. 27

Herschel, RdA 1966, 161 (166)
derselbe, 100 Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. 1, S. 305

HUECK, Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 134 FN 22

KRÜGER, Herbert, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 479

KRÜGER, Hildegard, Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht, RdA 1954, 365 (372)

LEIBHOLZ, Das Wesen der Repräsentation, S. 27

MOLITOR, BlStSozArbR 1949, 30

SCHHELP, Das Arbeitsverhältnis, S. 8
derselbe, Gemischte Rechtsverhältnisse mit arbeitsrechtlichen Elementen in: Festschrift HERSCHEL, S. 94

REHBINDER, RdA 1968, 309 (312)

SIEBERT, RdA 1958, 366 (367)

WIEDEMANN, a.a.O., passim

KASKEL/DERSCH, Arbeitsrecht, 5.Aufl., 1957, S. 18 ff

WÜST, Die Interessengemeinschaft, 1958, S. 62

II Die Auffassung in der Rechtsprechung des BAG

Die Entwicklung in den fünfziger und sechziger Jahren soll an der Rechtsprechung des BAG im folgenden verdeutlicht werden.

1. Die Ausgangslage

Als das BAG im Jahre 1954 mit seiner Arbeit begann, war - im Gegensatz zur staatlichen Neuordnung durch das Grundgesetz im Jahre 1949 - keine Neuordnung des Arbeitsrechts erfolgt. Zwar waren seit dem Ende des zweiten Weltkrieges wichtige neue Gesetze auf dem Gebiete des Arbeitsrechts erlassen worden, wie das TVG v. 9.4.1949, das KSchG v. 10.8.1951 und das BetrVG v. 11.9.1952, aber eine umfassende Neuregelung war unterblieben. So knüpfte das Gericht an den Stand der Rechtsprechung vor Erlaß des AOG an. Die Ergebnisse aber, die die Rechtsprechung unter dem AOG gefunden hatte und die zunächst mit den demokratischen und sozialen Grundlagen der Bundesrepublik in Einklang zu stehen schienen, wurden übernommen. Hierzu gehörte auch das Rechtsinstitut der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht.

Damit wurde trotz der Aufhebung des § 2 II AOG durch das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 40 die Fürsorge- und Treuepflicht zum essentiellen Bestandteil des Arbeitsrechts und wieder im rechtlichen Bereich angesiedelt.

Insoweit schloß sich das BAG der herrschenden Meinung in der Literatur an.

Allerdings nahm das Gericht zu Beginn seiner Rechtsprechung keine Stellung zum Komplex der Fürsorge- und Treuepflicht. Die Analyse der Urteile der ersten Jahre nach 1954 ergibt, daß die Erweiterung des Arbeitsvertragsrechts um dieses Rechtsinstitut so

selbstverständlich in die sozialstaatliche Ordnung einzufügen gewesen sein muß, daß es den erkennenden Senaten nicht erforderlich erschien, dies eigens auszusprechen.¹⁾

So erfolgte in diesen Jahren die nur spärliche Zitiierung der Fürsorge- und Treuepflicht wie die einer allseits geläufigen Norm, welche in keiner Hinsicht der Erläuterung bedarf.

Angemerkt werden muß hier noch, daß die Fürsorge- und Treuepflicht oft nur der Vollständigkeit halber²⁾, regelmäßig aber derart angeführt wurde, daß auf sie das Begehren des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht gestützt werden konnte. Folgerichtig erwähnte das Gericht in den Urteilsgründen dann auch jeweils nur die Fakten, die der Anwendung dieses Rechtsinstituts entgegenstanden.³⁾

Die Terminologie des BAG bezüglich der Fürsorge- und Treuepflicht ist nicht immer einheitlich. Zwar wird mit der Bezeichnung "Treuepflicht" in der Regel der Pflichtenkreis des Arbeitnehmers umschrieben, der nach der Auffassung des Gerichts das Pendant zur allgemeinen Fürsorgepflicht darstellt. Aber in manchen Entscheidungen⁴⁾ ist auch von der "Treuepflicht des Arbeitgebers" die Rede.

Selbst als in der Folgezeit und insbesondere zu Beginn der sechziger Jahre ein Ansteigen der Rechtsprechung zur Fürsorge- und Treuepflicht zu beobachten ist, erscheint nirgends in der Judikatur des

1) so auch RYSEL, S. 78

2) so beispielsweise in:

AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG

AP Nr. 2 zu § 611 BGB, Gratifikation

AP Nr. 9 zu § 242 BGB, Ruhegehalt

3) so: AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

AP Nr. 2 zu § 611 BGB, Lohnanspruch

AP Nr. 1 zu § 123 GewO

4) so z.B.: AP Nr. 22 zu § 1 KSchG

und AP Nr. 1 zu § 14 SchwerbeschG

BAG eine rechtstheoretische Auseinandersetzung mit diesem Rechtsinstitut. Die Existenz der Fürsorge- und Treuepflicht wird als fraglos berechtigt behandelt. Problematisch erscheint meist nur die Anwendung im Einzelfall.¹⁾

Demzufolge arbeitet das Gericht in seinen Urteilsgründen auch keine einzelnen Subsumtionselemente heraus. Das BAG warnt statt dessen häufig lediglich vor einer "Überstrapazierung" oder "Überspannung" der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht, wenn es der Ansicht ist, daß sie einen bestimmten geltend gemachten Anspruch nicht trägt.

Ein Beispiel dafür ist der Beschluß des Großen Senats Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung.

In den beiden Abschnitten B I und B II der Entscheidungsgründe, die sich mit der Fürsorgepflicht befassen, wird lediglich referierend festgestellt, daß "...heute eine allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers anerkannt" ist. Obwohl es das Anliegen des Großen Senats war, in dieser Entscheidung Grundsätze der Rechtsfigur der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darzustellen, tut er dies nicht, sondern grenzt lediglich durch eine Warnung vor der "Überstrapazierung der Fürsorgepflicht, das heißt.... ihre Heranziehung für Fälle,....für die sie nach ihrer Entstehungsgeschichte und namentlich in § 618 BGB und entsprechenden Vorschriften sowie in einer anerkannten Rechtsprechung zum Ausdruck gekommenen Grundidee und Ausgestaltung nicht bestimmt ist" ab.

Die Verweisung auf die Entstehungsgeschichte, § 618 BGB und deren entsprechende Normen sowie auf eine anerkannte Rechtsprechung bedeutet nicht anderes als einen Hinweis auf das gängige juristische

1) so auch RYSEL, S. 71

Instrumentarium.

Doch diese Verweisung zeigt gerade einen wesentlichen Punkt in der Rechtsprechung des BAG zur allgemeinen Fürsorgepflicht auf. Diese vom Gericht auch mehrfach als "Grundpflicht" bezeichnete Obliegenheit des Arbeitgebers soll offensichtlich nur nach allgemeinen Kriterien bestimmt sein und letztlich erst im und durch den Einzelfall konkretisiert werden.^{1) + 2)} Da, wie oben erwähnt, das BAG nie eine rechtstheoretische Auseinandersetzung mit dem Institut der Fürsorge- und Treuepflicht vorgenommen hat - im Gegensatz zur Literatur³⁾ - soll später (unten) bei der Bestandsaufnahme der einzelnen Fürsorge- und Treuepflichten der Standpunkt des Gerichts deutlich gemacht werden.

2. Die Rechtsgrundlage einer allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht in der Rechtsprechung des BAG in den fünfziger und sechziger Jahren

Die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung hat gezeigt, daß die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht ein fester Bestandteil im Arbeitsrecht geworden ist.

Damit stellt sich auch die Frage nach der Rechtsgrundlage dieses Instituts.

Da - nach der allderdings noch zu überprüfenden Ansicht des BAG - eine allgemeine Treuepflicht gesetzlich nicht geregelt ist und diese die der Fürsorgepflicht entsprechende Pflichtenbündelung

1) so auch RYSEL, S. 81

2) Für die Treuepflicht des Arbeitnehmers gilt
- wie unten bei der Bestandsaufnahme einzelner Treuepflichten nachzuweisen sein wird - Ähnliches.

3) siehe Vortrag HUECK, S. 26 FN 2

auf der Arbeitnehmerseite darstellt¹⁾, soll vorab die Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht anhand der Rechtsprechung des BAG untersucht werden. Nach dieser Rechtsprechung²⁾ soll die allgemeine Fürsorgepflicht selbst die Rechtsgrundlage für bestimmte Pflichten des Arbeitgebers sein. Denn in den gesamten Entscheidungen wird die allgemeine Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage gleichwertig neben gesetzliche Verpflichtungsnormen wie z.B. § 618 BGB gestellt. Doch kommt der allgemeinen Fürsorgepflicht genauso wie der allgemeinen Treuepflicht - wie oben unter A dargestellt - keine selbständige unabhängige Rechtswirkung zu, sondern sie ist ihrerseits aus einer anderen Rechtsquelle abgeleitet worden.

Es wäre möglich gewesen, daß das BAG die allgemeine Fürsorgepflicht als ein unabhängiges Institut des Arbeitsrechts angesehen hätte, nachdem ihr durch das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 40 die ursprüngliche Grundlage entzogen worden war.

Jedoch führte das Gericht die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers als eine noch verhältnismäßig neue und noch nicht vollständig anerkannte Erscheinung im Rechtsleben, deren Ziele und Ergebnisse zudem oftmals nicht mit dem normierten Recht übereinstimmten, auf eine anerkannte Rechtsgrundlage zurück.

a) § 618 BGB

Naheliegend wäre es nun gewesen, wenn das BAG die allgemeine Fürsorgepflicht auf eine extensive Auslegung oder analoge Anwendung des § 618 BGB gestützt hätte.

1) so für die Rechtsprechung des BAG auch: RYSSEL, S. 82

2) z.B. AP Nr. 1, 26, 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

Das Gericht brachte aber in mehreren Entscheidungen deutlich zum Ausdruck, daß seiner Ansicht nach § 618 BGB auch bei einer entsprechenden Anwendung niemals Grundlage für eine allgemeine Fürsorgepflicht sein kann.

Diese Auffassung des Gerichts läßt sich deutlich aus zwei Entscheidungen entnehmen, die die Frage zum Gegenstand gehabt haben, inwieweit der Arbeitgeber für zur Betriebsstätte mitgebrachtes Privateigentum der Arbeitnehmer Sorge zu tragen habe.¹⁾ Diese Frage war vom RAG²⁾ unter dem Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht bereits beantwortet worden.

Obwohl es hierum Eigentumsschutz geht - und das Eigentum in der Rangskala der bürgerlichen Rechtsordnung unmittelbar hinter den Rechtsgütern Leben und Gesundheit steht - lehnt es das Gericht ab, § 618 BGB anzuwenden:

"Diese dem Leben und der Gesundheit der Arbeitnehmer dienende Bestimmung läßt sich nicht auf den Schutz des Arbeitnehmereigentums ausdehnen, das der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Verwirklichung seiner Arbeit einbringt. Eine analoge Anwendung oder ein Schluß von der gewichtigen Regelung auf die weniger gewichtige verbietet sich schon deswegen, weil Leben und Gesundheit gegenüber dem Eigentum erheblich höherwertig sind. Sollen die ersteren Rechtsgüter geschützt werden, so ist noch nicht gesagt, daß auch das letztere sinngemäß an diesem Schutz teilhaben soll."³⁾

Diese Rechtsauffassung des 2. Senats wird nun vom 5. Senat sechs Jahre später in AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht ausdrücklich bestätigt.

1) AP Nr. 26 und 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

2) ARS 7, 462

3) BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

Aber auch die Entscheidungen des BAG, denen die Frage der Gesundheit der Arbeitnehmer - also eines der in § 618 BGB ausdrücklich genannten Schutzgüter - zugrundelag, zeigen, daß das Gericht auch hier Ansprüche aus § 618 BGB ablehnte, so z.B. in AP Nr. 4 zu § 1 des Gesetzes über die erweiterte Zulassung von Schadensersatzansprüchen bei Dienst- und Arbeitsunfällen.¹⁾ In diesem Fall begehrte ein Gemeindeangestellter, der auf dem Dienstweg auf dem vereisten Rathausplatz zu Fall gekommen war und sich dabei verletzt hatte, vom Arbeitgeber Schadensersatz. Der 2. Senat des BAG lehnte diese auf § 618 BGB gestützte Forderung mit der Begründung ab, daß der Arbeitgeber nur für die Sicherheit derjenigen Räume zu sorgen habe, die er zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellen müsse. Dazu gehöre zwar noch der Eingang, nicht aber mehr der Vorplatz des Dienstgebäudes.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da die öffentlichen Zugänge zum Arbeitsplatz keine vom Arbeitgeber gefahrfrei zu haltenden Örtlichkeiten sind.

Dennoch sprach der erkennende Senat dem verletzten Arbeitnehmer den begehrten Schadensersatz zu. Die Sicherungspflicht wurde dem Arbeitgeber - hier der Gemeinde - aufgrund deren allgemeiner Fürsorgepflicht auferlegt. Der Grund dafür ist wohl darin zu sehen, daß der im Rathaus beschäftigte Arbeitnehmer nicht anders an seinen Arbeitsplatz gelangen konnte als über den im Eigentum seines Arbeitgebers stehenden Rathausvorplatz.

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten, daß also die allgemeine Fürsorgepflicht als die umfassendere Pflicht Sachverhalte wie den vorliegenden aufnimmt und es somit einer Erweiterung des § 618 I BGB über

1) 2 AZR 591/59 Urteil v. 11.8.1960

seine ursprünglichen Grenzen hinaus kaum bedarf.

Dies wird noch durch die Ausführungen des BAG im Beschluß des Großen Senats AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung unter B II bestätigt. Dort wird das Verhältnis von § 618 BGB zur allgemeinen Fürsorgepflicht so dargestellt, daß die in § 618 BGB zum Ausdruck kommende "Grundidee und Ausgestaltung" einer unter zahlreichen weiteren Faktoren ist, um den Anwendungsbereich der allgemeinen Fürsorgepflicht näher zu bestimmen.

Zu demselben Ergebnis gelangt auch A.Hueck¹⁾, der § 618 I BGB nicht als Wurzel, sondern als einen Unterfall der allgemeinen Fürsorgepflicht betrachtet. Auch insoweit besteht hier Übereinstimmung zwischen Rechtsprechung und Literatur.

b) § 242 BGB

Eine eindeutige Einordnung der Fürsorge- und Treuepflicht unter die Fallgruppen des § 242 BGB nimmt das BAG in seiner Rechtsprechung nicht vor.

Wenn aber in den Urteilen die Rede von "letztlich auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgehenden allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers"²⁾ ist, so verwendet das Gericht hier eine Formulierung, die eine auffallende Ähnlichkeit mit der in der Literatur verwandten Formulierung hat.³⁾

Die vom BAG benutzte Formulierung, daß die allgemeine Fürsorgepflicht "letztlich" auf § 242 BGB zurückgehe, weist darauf hin, daß das Gericht die Existenz der

1) HUECK-NIPPERDEY, S. 406

2) BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Öffentlicher Dienst AP Nr. 1 zu § 629 BGB; AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

3) vgl. S. 31 FN 4

allgemeinen Fürsorgepflicht insoweit aus der Generalklausel des § 242 BGB herleitet, als die Ergebnisse und Ziele der allgemeinen Fürsorgepflicht mit einem in § 242 BGB verankerten Grundsatz übereinstimmen.¹⁾ Diese Vermutung, daß das BAG die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (und die Treuepflicht des Arbeitnehmers) in § 242 BGB verankern will, soll im folgenden kurz anhand seiner Rechtsprechung nachgewiesen werden.

Ebenso wie bei dem Verhältnis § 618 BGB - Fürsorgepflicht - personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis-Treuepflicht, nimmt das BAG auch zum Verhältnis § 242 BGB - allgemeine Fürsorgepflicht konkret nur sehr selten Stellung.²⁾

In AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht führte 1956 der 1. Senat des BAG zur Begründung eines - damals noch nicht gesetzlich normierten - Urlaubsanspruchs aus:

"Der Anspruch ergibt sich (auch) aus den §§ 618, 242 BGB, durch die die arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers statuiert wird."

In dem Urteil AP Nr. 6 zu § 611 BGB öffentlicher Dienst des gleichen Senats aus dem Jahre 1963 heißt es: " Die Fürsorgepflicht ist als eine Grundpflicht des Arbeitgebers anerkannt (HUECK-NIPPERDEY § 48), sie geht letztlich auf den in § 242 BGB niedergelegten Grundsatz von Treu und Glauben zurück."

Auch der 5. Senat des BAG führt in AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht aus:

"Anspruchsgrundlage kann nur die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (§ 242 BGB) sein."

1) so auch RYSEL, S. 100

2) Es handelt sich dabei - soweit ersichtlich - nur um die Entscheidungen:
AP Nr. 6 zu § 611 BGB öffentlicher Dienst
AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht
AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht
AP Nr. 1 zu § 629 BGB

In einer Entscheidung des 2. Senats aus dem Jahre 1957¹⁾ findet man die Formulierung, daß "die (in § 616 BGB geregelte) Fürsorgepflicht selbst bereits einen Anwendungsfall von Treu und Glauben darstellt."

Den zitierten Entscheidungen ist gemeinsam, daß sie den Arbeitgebern jeweils via allgemeine Fürsorgepflicht ein Verhalten auferlegen, das gesetzlich zum Zeitpunkt der Urteile noch nicht - wie z.B. die Gewährung eines jährlichen Erholungsurlaubs²⁾ - oder auch heute noch nicht - wie die Schutzpflicht für Arbeitnehmereigentum³⁾ - normiert war.

Aus den Urteilen - besonders aus AP Nr. 6 zu § 611 BGB öffentlicher Dienst mit der Verweisung auf HUECK-NIPPERDEY - wird deutlich, daß das BAG ebenso wie die Literatur, - und zwar auf dem gleichen Weg - versucht, die allgemeine Fürsorgepflicht nach dem Fortfall des § 2 II AOG im Bereich der Generalklausel des § 242 BGB anzusiedeln.

In der schon erwähnten Entscheidung⁴⁾ AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung, in der der Große Senat des BAG darüber zu entscheiden hatte, ob der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht dem Arbeitnehmer solchen Schaden ersetzen muß, den dieser ohne jemandes Verschulden bei der Verrichtung seiner Arbeit an seinen Sachen erleidet, nimmt der erkennende Senat, wie oben schon beschrieben, zur Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht nicht Stellung. Es wird lediglich davor gewarnt, die Fürsorgepflicht auf Fälle anzuwenden, "für die sie ihrer Art nach nicht gedacht sei."

1) BAG AP Nr. 1 zu § 629 BGB

2) BAG AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

3) BAG AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht
vgl. dazu § 72 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht -

4) vgl. oben S. 35

Daß gerade in dieser grundlegenden Entscheidung nichts zur Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht gesagt wird, ist ein Indiz dafür, daß das BAG das Zurückführen dieses Rechtsinstituts auf § 242 BGB nur als einen formalen Akt wertet. Damit sollte das arbeitsrechtliche Institut der allgemeinen Fürsorgepflicht "rechtlich hoffähig" gemacht werden.

Verfolgt man in der Rechtsprechung des BAG das Verhältnis von allgemeiner Fürsorgepflicht und § 242 BGB weiter, so findet man in einigen Urteilen Formulierungen, die zunächst unlogisch und inkonsequent erscheinen.

Das Gericht verwendet nämlich, wenn es eine Bewertung des Verhaltens eines Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer vornimmt, Formulierungen wie: "In einem solchen Fall würde....(ein bestimmtes Verhalten).... dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen und mit der allgemeinen Fürsorgepflicht nicht vereinbar sein."¹⁾

Fraglich ist, ob das Gericht das Verhalten des Arbeitgebers als gleichzeitig gegen zwei verschiedene Grundsätze verstoßend bewertet oder ob es nur an einem Prinzip in zwei Gestalten gemessen wird.

Es finden sich aber auch Entscheidungen, in denen dem Arbeitgeber wegen eines bestimmten Vorgehens - etwa der Erhebung der Verjährungseinrede gegenüber einem Lohnanspruch des Arbeitnehmers - ein Verstoß gegen § 242 BGB vorgeworfen wird, ohne daß dabei die Pflicht zur Fürsorge in den Urteilsgründen genannt

1) so z.B.: BAG

AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnanspruch

AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewerkschaftsangestellte

AP Nr. 40 zu § 72 ArbGG

AP Nr. 4 zu § 1 HausarbeitstagsG NRW

AP Nr. 84, 86, 99 zu § 242 BGB Ruhegehalt

wird.¹⁾

Aus der Gesamtbetrachtung dieser Entscheidungen wird deutlich, daß der Arbeitgeber in seinem Verhalten dem Arbeitnehmer gegenüber (dies gilt in gleichem Maße für das Verhalten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber) zum einen - wie jeder Teilnehmer an einem beliebigen anderen Rechtsverhältnis auch - unter dem Gebot von Treu und Glauben steht und daß er zum zweiten durch die allgemeine Fürsorgepflicht (der Arbeitnehmer durch die allgemeine Treuepflicht) darüber hinaus noch zu einem spezifischen Verhalten verpflichtet wird.

Darüber hinaus ergibt die Analyse der Rechtsprechung des BAG, daß das Gericht dort, wo sich die Beziehungen Arbeitgeber/Arbeitnehmer in nichts von den Beziehungen der Partner anderer Schuldverhältnisse unterscheiden, nur aufgrund des allgemeinen Gebots von Treu und Glauben bewertet, während es typisch arbeitsrechtliche Situationen an dem Gebot zur allgemeinen Fürsorgepflicht - bzw. bezüglich der Anforderungen an den Arbeitnehmer an dessen Treuepflicht - mißt.

Solange die Beziehungen der Arbeitsvertragspartner nicht "arbeitsrechtstypisch" sind, stehen sie allein unter den allgemeinen Anforderungen des § 242 BGB, insbesondere dessen Verbot rechtsmißbräuchlichen Verhaltens.

So hat der 5.Senat im Urteil AP Nr. 2 zu § 196 BGB ausdrücklich hervorgehoben, daß die Verjährungseinsrede des Arbeitgebers gegenüber einem Gehaltsanspruch des Arbeitnehmers nicht gegen dessen allgemeine Fürsorgepflicht verstoße. Sie sei daher nur dann unzu-

1) so z.B.: BAG

AP Nr. 2 zu § 196 BGB; AP Nr. 16 zu § 3 TOA

AP Nr. 42 zu § 3 TOA; AP Nr. 79 zu § 1 KSchG

AP Nr. 6 zu § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung

AP Nr. 26 zu § 611 BGB Gratifikation

lässig, wenn sie sich als rechtsmißbräuchliche Handlung darstelle, weil etwa der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor, sei es auch unabsichtlich, von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben sollte.

Zwar verstößt ein rechtsmißbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers auch gegen seine allgemeinen Fürsorgepflichten. Aber in diesem Fall - so ist wohl das BAG zu verstehen - ist der anerkannte Grundsatz vom Verbot des Rechtsmißbrauchs eben spezieller. Wenn der Arbeitgeber es unterlassen hat, seine Arbeitnehmer auf das Bestehen eines Anspruches hinzuweisen, kann dieses eine Fürsorgepflichtverletzung darstellen.

Erhebt der Arbeitgeber gegen diesen vom Arbeitnehmer verspätet geltend gemachten Anspruch die Verjährungseinrede, so wird vom BAG dieses Arbeitgeber-Verhalten nicht als neuerlicher Verstoß gegen die allgemeine Fürsorgepflicht, sondern wiederum als unzulässige Rechtsausübung, § 242 BGB, gewertet.¹⁾

Auch im Kündigungsbereich kann ein Arbeitgeberverhalten nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn nämlich *n i c h t* das berechnigte Interesse des Arbeitnehmers gerade an der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als seiner Existenzgrundlage tangiert wird. Denn dieses Interesse ist wegen seiner arbeitsrechtlichen Besonderheit durch die allgemeine Fürsorgepflicht und deren konkrete Normierung in § 1 KSchG besonders geschützt.²⁾

Vereinbart der Arbeitgeber Gewinnbeteiligung in Form eines Umsatzbonus mit seinem Arbeitnehmer, so ist er

1) BAG AP Nr. 16 zu § 3 TOA; AP Nr. 42 zu § 3 TOA

2) so ausdrücklich der 1. Senat in
AP Nr. 34 zu § 1 KSchG; vgl. aber auch:
AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung
AP Nr. 1 zu § 620 BGB schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung

diesem zwar nicht kraft der Fürsorgepflicht, wohl aber unter Berücksichtigung der üblichen Auslegungs- und Leistungsmaßstäbe der §§ 157, 242 BGB zur Auskunft und Rechnungslegung verpflichtet.¹⁾

Auch die funktionswidrige Geltendmachung eines Rechtes durch die Arbeitsvertragspartner beurteilt das BAG nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben.²⁾

Schließlich besteht im Bereich des Arbeitsvertrages der allgemeine Gedanke des Vertrauensschutzes ebenso, wie hier die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar ist.³⁾

Die eben erwähnten Entscheidungen des BAG betrafen ausschließlich nicht-arbeitsrechtsspezifische Sachverhalte. Dementsprechend wurden sie vom Gericht auch ohne Zuhilfenahme der allgemeinen Fürsorgepflicht entschieden.

Daneben gibt es aber auch noch solche Urteile, in denen das BAG zwar ebenfalls unter Heranziehung von Treu und Glauben entschieden hat, denen aber typisch arbeitsrechtliche Gegebenheiten zugrundelagen. In solchen Fällen spricht das BAG - wenn es ein Verhalten des Arbeitgebers mißbilligt - von einem Verstoß gegen "Treu und Glauben und die allgemeine Fürsorgepflicht."⁴⁾

1) AP Nr. 18 zu § 3 KSchG

AP Nr. 1 und 2 zu § 242 BGB Auskunftspflicht

2) vgl.: AP Nr. 79 zu § 1 KSchG

AP Nr. 87 zu § 611 BGB Urlaubsrecht

3) vgl.u.a.:

AP Nr. 9, 83 und 99 zu § 242 BGB Ruhegehalt

4) AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewerkschaftsangestellte

AP Nr. 5 zu § 611 BGB Lohnanspruch

AP Nr. 4 zu § 1 HausarbeitstagsG NRW

AP Nr.40 zu § 72 ArbGG

In dem der Entscheidung AP Nr. 40 zu § 72 ArbGG zugrundeliegenden Sachverhalt hatte eine Gemeinde einem ihrer Bediensteten die Eingruppierung in eine höhere Lohnstufe verweigert, weil es ihm an der erforderlichen Prüfung mangle. Dieser Arbeitnehmer hatte seine Kenntnisse und Fähigkeiten dem Dienstherrn aber nachweisen können und war daraufhin auch ständig mit diesen Fähigkeiten entsprechenden Arbeiten betraut worden.

Der Dienstherr hatte also unter Ausnutzung seines Organisations- und Weisungsrechts dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit zugewiesen, die er ihm unter Berufung auf eine formelle Rechtsposition - Nichtablegung der Prüfung - jedoch nicht leistungsgerecht entgelten wollte. Die Formel von dem "gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßenden und mit der allgemeinen Fürsorgepflicht nicht zu vereinbarenden Verhalten des Arbeitgebers" dürfte daher so zu verstehen sein, daß die eigentliche Bewertung, entsprechend der oben dargestellten Grundkonzeption des BAG, den Vorwurf eines rechtsmißbräuchlichen Verhaltens ausspricht. Die Erwähnung der Unvereinbarkeit des Arbeitgeberverhaltens auch mit der allgemeinen Fürsorgepflicht ist dagegen nur ein Hinweis auf den arbeitsrechtlichen Hintergrund des Rechtsmißbrauchs.¹⁾

In diesem Sinne dürfte auch die Rechtsprechung des BAG zur Problematik der Ruhegehaltsaufwertung sein, wo es heißt, daß "wegen dieser besonderen Zweckbestimmung (Versorgungszweck) Treu und Glauben i.V.m. der Fürsorgepflicht eine andere Beurteilung (nicht dem Prinzip des Nominalismus folgend) gebieten könnten." Denn rechtliche Grundlage für eine Angleichung des Ruhegeldes an die veränderten wirt-

1) ähnlich auch AP Nr. 34 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers

schaftlichen Verhältnisses ist die aus § 242 BGB entwickelte Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage. Die Miteinbeziehung der allgemeinen Fürsorgepflicht dient dazu, das erforderliche Mißverhältnis zwischen Absicht und Realität zu begründen, so daß § 242 BGB ausnahmsweise gegenüber dem Grundsatz des Nominalismus vorgehen dürfte.¹⁾

c) Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis

In zahlreichen Entscheidungen des BAG erscheint das Rechtsinstitut der Fürsorge- und Treuepflicht oft in Zusammenhang mit der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Es tauchen z.B. Wendungen auf wie:

"....aus dem besonderen Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines auf der Treuepflicht des Arbeitnehmers beruhenden personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses...."²⁾, oder "....das enge persönliche Verhältnis der Parteien des Arbeitsvertrages zueinander und die daraus entspringende gegenseitige Treuepflicht...."³⁾.

Diese Formulierungen entsprechen denen in der Literatur.⁴⁾

Im übernächsten Abschnitt unter D soll näher auf die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses eingegangen werden. Hier soll nun lediglich untersucht

1) Im entschiedenen Fall hatte das BAG eine Aufwertung allerdings nicht zugelassen, da auch unter Anlegung der durch die allgemeine Fürsorgepflicht gesetzten Maßstäbe ein auffälliges Mißverhältnis zwischen vorgestelltem Zweck und tatsächlichen Gegebenheiten nicht bestanden hätte.

2) AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko
AP Nr. 2 zu § 616 BGB
AP Nr. 1 zu § 14 SchwerBeschG

3) AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation

4) siehe S. 31

werden, ob diese Auffassung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis Einfluß auf die Existenz und Ausgestaltung des Instituts der Fürsorge- und Treuepflicht in der Rechtsprechung des BAG nimmt.¹⁾

aa) Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis als Begründung für das Abweichen von schuldrechtlichen Normen

Das BAG hat selbst nie eine Erklärung seines Verständnisses von der Beziehung "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis - Fürsorgepflicht des Arbeitgebers" gegeben.

Dies gilt auch für das Verhältnis "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis - Treuepflicht des Arbeitnehmers."²⁾

So wurde in AP Nr. 1 zu § 14 SchwerBeschG entschieden, daß "die im wesentlichen auf den Austausch von Einzelleistungen abgestellten Grundsätze des BGB über die Unmöglichkeit auf Arbeitsverhältnisse nicht anwendbar sind, da das Arbeitsverhältnis selbst wesentlich durch die auf Treue und Fürsorge gegründete personenrechtliche Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestimmt ist."³⁾

Aus diesem Grund entschied das Gericht positiv über das Klagebegehren eines blinden Kriegsbeschädigten, der der Ansicht war, sein bis zum Ende der Rekonvaleszenzzeit ruhendes Arbeitsverhältnis sei nicht deshalb erloschen, weil er "wegen seiner Blindheit danach nicht mehr in der Lage war, die ursprüngliche Tätigkeit wieder aufzunehmen." Der Kläger hatte

1) Auch hier soll dies wiederum anhand der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers untersucht werden.

2) vgl.z.B. AP Nr. 5 zu § 611 BGB Gratifikation

3) so auch BAG AP Nr. 2 zu § 616 BGB

dem Arbeitgeber mehrmals angeboten, auch an einem anderen Arbeitsplatz zu arbeiten.

Das Gericht führte weiter aus: "Aus dem Sinn und Zweck des Schwerbeschädigtenschutzes sowie aus der aus dem Arbeitsverhältnis fließenden Treuepflicht ergibt sich die Pflicht des Arbeitgebers, den Beschäftigten, wenn er seine frühere Arbeit nicht wieder aufnehmen kann, in seinem Betrieb, wenn irgend möglich, mit anderen Arbeiten zu beschäftigen."

Diese Rechtsauffassung bestätigte das Gericht in einer ein Jahr später ergangenen Entscheidung, die ebenfalls einen Fall von Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung infolge von Kriegsereignissen betraf.¹⁾ "Die rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit bestimmen sich für Arbeitsverhältnisse grundsätzlich nicht nach den Vorschriften der §§ 323 - 326 BGB, die für gegenseitige Verträge gegeben sind, sondern sie sind aus dem besonderen Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines auf der Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers beruhenden personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses zu finden."

Auch auf dem Gebiet des Kündigungsschutzes hat das BAG in der Vergangenheit aufgrund des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses Entscheidungen contra legem getroffen.

Dies geschah z.B. in AP Nr. 13 zu § 123 BGB. Danach verbietet die personale Struktur des Arbeitsverhältnisses eine - an sich begründete - fristlose Entlassung unmittelbar vor den Weihnachtsfeiertagen. Ähnliche Argumente finden sich auch in der Entscheidung AP Nr. 1 zu § 1 KSchG, die neben der aus den Gedanken der persönlichen Bindung resultierenden Fürsorgepflicht noch auf die inzwischen weggefallenen

1) AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

Normen der §§ 123 Ziffer 8 und § 133 c Ziffer 4 GewO gestützt wird.

Aus den genannten Entscheidungen ergibt sich, daß die Umschreibung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder als personales Verhältnis immer dann vom BAG gewählt wird, wenn von schuldrechtlichen Konsequenzen abgewichen wird und typisch arbeitsrechtliche Lösungen, wie z.B. auch die Rechtsfigur der Fürsorge- und Treuepflicht, begründet werden sollen.

Daß gerade in diesen Fällen die Bezeichnung "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" oder "personales Verhältnis" vom BAG gewählt wird, liegt daran, daß hier an die vom RAG begründete Tradition angeknüpft wurde.¹⁾

bb) Stellungnahme und Zusammenfassung

Diese Anknüpfung ist jedoch deshalb nicht ganz glücklich, weil der Begriff des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses unter dem Einfluß des AOG noch mit anderen Inhalten belastet war.²⁾

Hier offenbart sich die fehlende Auseinandersetzung des BAG mit der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses. Denn aus den Urteilen ergibt sich ferner, daß das Gericht insoweit der nach dem zweiten Weltkrieg herrschenden Meinung in der Literatur "unkritisch" gefolgt ist.

Aus der mangelnden Auseinandersetzung ergibt sich aber ein - aus der Sicht des BAG - Vorteil: nämlich der der Nichtfestlegung.

So kann man den einschlägigen - oben zitierten - Urteilen entnehmen, daß die Formel "personenrecht-

1) so ausdrücklich BAG AP Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2) so auch RYSEL, S. 98

liches Gemeinschaftsverhältnis" nicht die Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht ist.

Abschließend sei noch einmal betont, daß das BAG in den Entscheidungen, die gegen normiertes Recht getroffen wurden, Bezug auf das personenrechtliche Element im Arbeitsverhältnis nahm.

In der Mehrzahl der Fürsorgepflichtentscheidungen unterblieb der Hinweis auf das personale Element, weil dort die allgemeine Fürsorgepflicht dem Arbeitgeber ein gesetzlich überhaupt nicht normiertes Verhalten abverlangt, also eine Entscheidung contra legem nicht erforderlich ist.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Rechtsprechung des BAG in den fünfziger und sechziger Jahren mit der überwiegenden Meinung in der Literatur übereinstimmte: Das Arbeitsverhältnis wurde als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis betrachtet, das von einer gegenseitigen Treuepflicht, nämlich der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und der Treuepflicht des Arbeitnehmers geprägt wird. Das Gericht führte ebenso wie der größte Teil der Literatur die Rechtsgrundlage der Fürsorge- und Treuepflicht "letztlich" auf § 242 BGB zurück.

Mit Hilfe des Rechtsinstituts der Fürsorge- und Treuepflicht hat das Gericht in dieser Zeit - wie zum Teil oben schon erwähnt - u.a. begründet, daß den Arbeitgeber die Haftung für eingebrachte Sachen trifft¹⁾ und daß bei schadensgeneigter Arbeit eine Beschränkung der Ersatzpflicht des Arbeitnehmers eintritt.²⁾

1) AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

2) AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO

Ferner soll die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Pflicht beinhalten, die Lohnsteuer richtig zu berechnen.¹⁾

Das BAG hat - wie dargestellt - mit dem Treue- und Fürsorgegedanken einen umfassenden Pflichtenkreis ausgebaut, der im wesentlichen den sozialen Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmt.²⁾

Der g e n a u e dogmatische "Standort" des Instituts der arbeitsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht bleibt jedoch weiterhin unklar.

C Die Kritik am Verständnis des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit besonderen Fürsorge- und Treuepflichten

Wie oben dargestellt, sahen herrschende Lehre und Rechtsprechung in den fünfziger und sechziger Jahren das Arbeitsverhältnis nicht als schuldrechtliches Austauschverhältnis, sondern als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, dem der Gedanke der beiderseitigen Treue (=Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Treuepflicht des Arbeitnehmers) immanent ist, an.³⁾

Gegen diese rechtliche Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses ist in der Literatur - vor allem in den siebziger Jahren - zunehmend massive Kritik geübt worden.

Die Kritik an der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsver-

1) AP Nr. 1, 2, 4, 5, 7, 8 und 15 zu § 670 BGB

2) vgl. RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 54

3) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 391

hältnis setzt an verschiedenen Punkten an.
Sie soll im folgenden jeweils unter dem Blickwinkel dargestellt werden, ob mit der Kritik auch ein totaler Fortfall von Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsverhältnis verbunden ist.

I Die Kritik an der "Gemeinschaft" als
Rechtsbegriff

Nach der Auffassung der Kritiker können die Verfechter des "Gemeinschaftsverhältnisses" nicht darlegen, in welcher Weise die "Gemeinschaft" als **R e c h t s b e g r i f f** zu verstehen sei:

Eine Gemeinschaft i.S.d. §§ 741 ff BGB oder gar des Gesellschaftsrechts könne nicht vorliegen, da es an der hierfür notwendigen Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks und am gleichgerichteten Interesse fehle.

ZÖLLNER¹⁾ hält es für unzweckmäßig, das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis anzusprechen, da für die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in verschiedener Hinsicht ein Interessengegensatz kennzeichnend sei.

FARTHMANN²⁾ vertritt die Auffassung, daß sich der Begriff der "Gemeinschaft" zur Kennzeichnung des Verhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht verwenden lasse, da im Arbeitsverhältnis die Interessen der Beteiligten genau entgegengesetzt seien; dem Arbeitgeber gehe es vorrangig um die Erzielung von unternehmerischem Gewinn, dem Arbeit-

1) ZÖLLNER, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 106

2) FARTHMANN, Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 60, 5 (6)

nehmer um die Erzielung von Lohn.¹⁾ + 2)
SCHWERDTNER³⁾ meint, eine freie Wirtschaftsordnung
setze den Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber
und Arbeitnehmer geradezu voraus; der Konflikt
zwischen den Partnern des Arbeitsverhältnisses sei
strukturell gegeben. Zur Begründung verweist er auf
die Zulässigkeit von Streik und Aussperrung, auf
Torkontrollen, Leibesvisitationen und Betriebsjustiz.
WOLF⁴⁾ leugnet die Interessenparallelität, da der
Arbeitnehmer nicht Mitunternehmer sei und das
Risiko nicht mittrage.

Mit dem Hinweis auf die fehlende Interessenparalle-
lität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer lehnen
auch NEUMANN⁵⁾ und RAMM⁶⁾ die Charakterisierung des
Arbeitsverhältnisses als Gemeinschaftsverhältnis ab.
MAVRIDIS⁷⁾ sieht es als "augenscheinlich verfehlt"
an, das Arbeitsverhältnis als ein Gemeinschaftsver-
hältnis zu qualifizieren.

SÄCKER⁸⁾ hält "Gemeinschaftsromantik" im Arbeitsver-
hältnis für verfehlt.

-
- 1) ebenso SCHMIDT, Kritische Gedanken zur Kollektiv-
wirkung, Individualbereich und personenrecht-
liches Gemeinschaftsdenken im Arbeitsrecht,
in: AcP 162, 305 (349)
 - 2) Gegen diese wenig differenzierende Auffassung:
MAYER-MALY, Arbeitsrecht und Privatrechtsord-
nung, in: JZ 1961, 208 FN 38
 - 3) SCHWERDTNER, Fürsorgetheorie, S. 56
derselbe, ZRP 1970, 65
 - 4) WOLF, Das Arbeitsverhältnis, S. 35 f.
 - 5) NEUMANN, Das Arbeitsrecht in der modernen
Gesellschaft, in: RdA 1951, 1 (2)
 - 6) RAMM, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages,
S. 21 FN 44
 - 7) MAVRIDIS, Eingliederungstheorie, Vertragstheorie
und Gemeinschaftsverhältnis, in: RdA 1956, 444(446)
 - 8) SÄCKER, Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1969
in: JurA 1970, 165

BALLERSTEDT¹⁾ meint, daß mit der Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses als "Gemeinschaft" für die rechtliche Legitimierung des Arbeitsverhältnisses "nichts geleistet" werde.

HANAU²⁾ vertritt die Auffassung, daß der Gemeinschaftsgedanke heute eine entbehrliche "Begründungshilfe" darstelle.

FENN³⁾ meint, dem Gemeinschaftsbegriff fehle, "soweit er empirisch verstanden werde, der Sachgehalt, und soweit er normativ verstanden werde, der Normgehalt."

Auch seien das von HUECK⁴⁾ und NIKISCH⁵⁾ geforderte "gemeinschaftsmäßige Verhalten" sowie WIEDEMANN's "innere Einstellung im Sinne eines geistigen Wertgerichtetseins"⁶⁾ rechtlich nicht faßbare Begriffe. Nach SÖLLNER⁷⁾ haben sie "keinen juristischen Stellenwert".

WOLF⁸⁾ charakterisiert WIEDEMANN's Auffassung vom Gemeinschaftsgedanken schlicht als "verworren".

RAMM⁹⁾, PINTHER¹⁰⁾, WOLF¹¹⁾ und RYSSEL¹²⁾ wenden ein,

1) BALLERSTEDT, Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts in: RdA 1976, 5

2) HANAU in: HANAU/ADOMEIT, Arbeitsrecht, S. 129

3) FENN, AuR 1971, 323

4) HUECK-NIPPERDEY, S. 131

5) NIKISCH, S. 169

6) WIEDEMANN, S. 30

7) SÖLLNER, Buchbesprechung, AuR 68, 242 (243)

8) WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 35

9) RAMM, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, S. 19 und 22

10) PINTHER, S. 227

11) WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 41 ff

12) RYSSEL, S. 98

der Begriff der "Gemeinschaft" sei zu einem großen Teil noch ein verbales Relikt nationalsozialistischer Rechtsauffassung.

NEUMANN¹⁾ will den "Begriff der Gemeinschaft so schön er auch klingt.....aus Deutschland austreiben."

Andersherum formuliert FARTHMANN²⁾, der feststellt, daß die Gemeinschaft zwar als rechtspolitisches Ziel häufig angestrebt, jedoch nie verwirklicht worden sei.³⁾

II Die Kritik am Begriff "personenrechtliches" Verhältnis

Die Kritiker werfen den Anhängern der Lehre vom Gemeinschaftsverhältnis vor, daß eine derartige Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses den tatsäc h l i c h e n Gegebenheiten des Arbeitslebens zuwider laufe.

Zunächst wird das Attribut "personenrechtlich" angegriffen. Abgesehen davon, daß es ein solches umfassendes "Personenrecht" gar nicht gebe, werde hier eine meist nicht existierende persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorausgesetzt.

Denn heute sei der Arbeitgeber vielfach eine anonyme juristische Person. Auch trete in Großbetrieben dem Arbeitnehmer nicht der Arbeitgeber direkt gegenüber, sondern dieser handle durch eine Reihe ihrerseits angestellter Vorgesetzter.⁴⁾

1) NEUMANN, RdA 1951, 1 (2)

2) FARTHMANN, S. 7

3) so auch MAVRIDIS, S. 446

4) SCHWERDTNER, S. 41
RAMM, S. 21
FARTHMANN, S. 7

FARTHMAN¹⁾ führt noch weitere Beispiele an: Die künstliche Schaffung eines Arbeitgebers im Gesamthafenbetrieb und die Figur des "mittelbaren" Arbeitgebers bestätigten die Unhaltbarkeit der Annahme einer persönlichen Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dies werde bei den leitenden Angestellten am deutlichsten. Diese stünden sowohl durch die tägliche Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber als auch durch die teilweise Wahrnehmung von unternehmerischen Funktionen in viel engeren Beziehungen zum Arbeitgeber als die übrigen Arbeitnehmer. Trotzdem würden doch gerade die leitenden Angestellten von den Vorschriften des Arbeitsrechts am wenigsten berührt. Dies resultiere in erster Linie daraus, daß diese Gruppe eine wirtschaftlich stärkere und unabhängigere Position gegenüber dem Arbeitgeber als andere Arbeitnehmer habe. Aus alledem ergebe sich, daß es zur Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses nicht auf das Vorliegen einer personenrechtlichen Gemeinschaft ankomme.²⁾ Hinzu komme, daß Privatrecht und Arbeitsrecht für den heutigen Arbeitnehmer völlig auseinandergetreten sind.³⁾ Der Arbeitnehmer sehe sich nicht mehr in eine transparente, sondern in eine anonyme Organisationsstruktur hineingestellt. Die Anhänger der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis hätten aber offenbar nur diejenigen Arbeitsverhältnisse vor Augen, in denen der Arbeitnehmer in die engere häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen worden ist.⁴⁾ Außerdem lasse sich eine immer stärker werdende Tendenz zur "Versachlichung höherer Dienstleistung" und zur "Entpersönlichung der niederen

1) FARTHMAN, S. 7

2) FARTHMAN, S. 7

3) SCHWERTNER, S. 41

4) SCHWERTNER, S. 42

Dienstleistungen" erkennen.¹⁾

ZÖLLNER²⁾ führt an, daß der Tatbestand der Subordination einer Annahme eines Gemeinschaftsverhältnisses entgegenstehe.

III Der fehlende Gemeinschaftsgedanke des Arbeitsverhältnisses im soziologischen Sinn

Die Autoren, die das Arbeitsverhältnis an den Kriterien messen, die die Soziologie für die Annahme einer "Gemeinschaft" aufgestellt hat, kommen zu dem Ergebnis, daß auch aus dieser Sicht das Arbeitsverhältnis kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist.

Ausgangspunkt für eine derartige "soziologische" Kritik ist die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis selbst. Ihre Verfechter³⁾ nehmen an, daß zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine enge persönliche Bindung dadurch entsteht, daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine persönliche Arbeit anbiete. Diese persönliche Beziehung verpflichte beide Teile zur Treue. Wegen dieses "Treuebandes" könne man das Arbeitsverhältnis als Gemeinschaftsverhältnis bezeichnen. Dieser so verstandene Gemeinschaftsbegriff, der direkt aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses abgeleitet sei, beruhe auf angenommenen soziologischen Gegebenheiten.⁴⁾

Aus diesem Grunde müsse sich der arbeitsvertragliche Gemeinschaftsbegriff an den soziologischen Tatbeständen messen lassen.

1) RAMM, a.a.O., S. 24
SCHWERDTNER, S. 42

2) ZÖLLNER, S. 97

3) siehe S. 26 ff

4) so PINTHER, S. 228

MAVRIDIS¹⁾ greift die von Ferdinand TÖNNIES und Max WEBER aufgestellten Merkmale einer "Gemeinschaft" auf. Voraussetzung sei danach ein "dauerndes, echtes, vertrauliches Zusammenleben", ein "Gefühl der Zusammengehörigkeit", die Verbundenheit im Bewußtsein, die sog. "Wir-Form" des Bewußtseins. Ähnlich argumentiert auch PINTHER²⁾, der feststellt, daß die Voraussetzung für Gemeinschaftsbildung sei, daß "Seele und Seele, Geist und Geist zusammenklingen", "Ich, Du und Wir" verbunden sind. Die der Gemeinschaft zugrundeliegende Bindung habe nicht rationalen, sondern irrationalen Charakter. Nach Ansicht beider Autoren sind diese Voraussetzungen im Arbeitsverhältnis nicht gegeben.³⁾

1) MAVRIDIS, S. 444 ff

2) PINTHER, S. 228

3) HUECK (in HUECK-NIPPERDEY, S. 130, FN 9a) hat die von MAVRIDIS herangezogenen soziologischen Kategorien als verfehlt bezeichnet. Dieser Einwand ist nach SCHWERTNER (S. 49/50) unzulässig. Die Vertreter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis müßten ihre Aussagen solange an dem soziologischen Begriff der Gemeinschaft messen lassen, wie sie es unterließen, den Rechtsbegriff als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis normativ zu begründen. Außerdem käme noch hinzu, daß Vertreter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis niemals eindeutig klargestellt hätten, ob Gemeinschaftsbindungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf normativer oder soziologischer Ebene angenommen werden. Zwar werde von einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis gesprochen, die Gemeinschaft werde jedoch, wenn überhaupt, nur soziologisch zu begründen versucht. Als Beispiel führt er NIKISCH (Arbeitsvertrag, S. 47/48) an: "Eine konkrete Gemeinschaft entsteht, wo Menschen zueinander in eine enge persönliche Beziehung treten, die ihnen gegenseitige Rücksichtnahme und Unterstützung auferlegt. Sie besteht nicht aufgrund irgendwelcher rechtlicher Normen, sondern sie beruht unmittelbar auf dem Leben selbst, weshalb man sie eine "lebendige" Gemeinschaft zu nennen liebt... Wie verkehrt es ist, zu glauben, daß eine Gemeinschaft im Rechtssinne ihr Dasein nur einem Rechtsakt verdanken könne, zeigt schon das Vorbild jeder Gemeinschaft, die Blutgemeinschaft der Verwandten."

Auch RAMM¹⁾, SCHWERTNER²⁾ und RAISER³⁾ verneinen das Vorliegen der von der Soziologie entwickelten Kriterien für eine "Gemeinschaft".

IV Die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis als "Ideologie"

Ein weiterer Kritikpunkt an der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis wird vor allem von SCHWERTNER vorgebracht. Diese Lehre bezeichnet er als eine "gut verpaßte Ideologie".⁴⁾ Statt die "zwangsläufig gegebene persönliche Abhängigkeit"⁵⁾ des Arbeitnehmers zu mildern, führe sie zu einer Festschreibung von dem Arbeitgeber über den Arbeitnehmer ausgeübter Macht. Dies werde besonders bei der Konstruktion von Fürsorge- und Treuepflichten - die von den Verfechtern der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis an die Stelle von Leistungspflichten im Austauschverhältnis gesetzt würden - deutlich. Hierin erblickt SCHWERTNER nichts anderes als eine Herabwürdigung der Freiheit der Person des Arbeitnehmers⁶⁾; geradezu für gefährlich

1) RAMM, S. 22

2) SCHWERTNER, S. 49 ff

3) RAISER, Das Arbeitsverhältnis aus der Sicht der Organisationssoziologie, in: ZRP 1973, 13

4) SCHWERTNER, S. 66 und 69

5) SCHWERTNER, S. 72

6) SCHWERTNER, S. 87
speziell für die Treuepflicht des Arbeitnehmers
ebenso:
KEMPF, "Treuepflicht und Kündigungsschutz" in:
DB 1979, 790 ff
ähnlich auch:
WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 35 und 37 f

hält er die von ihm in der Literatur und Rechtsprechung beobachtete Tendenz, daß mit den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers häufig unmittelbar auf der Arbeitnehmer-Seite "neue Pflichten gekoppelt" sind.¹⁾ Die Lehre von dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis mit den immanenten Fürsorge- und Treuepflichten sei nicht von der Entwicklung im Arbeitsrecht überholt worden, sondern sie habe stets zur Verschleierung einer konstanten Herrschafts- und Machtstruktur gedient.²⁾

BALLERSTEDT³⁾ vertritt die Auffassung, daß die "dogmatische Ungereimtheit" der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis "dem Vertrauen in die friedensstiftende Kraft des Rechts" Schaden zufüge und zu unbefriedigenden praktischen Konsequenzen führe. Dies gelte namentlich für die Konstruktion einer wechselseitigen Treuepflicht, "von der behauptet wird, sie gehe über das durch § 242 BGB geforderte Maß hinaus, sie sei 'echte' Treuepflicht." Weiter führt BALLERSTEDT aus, daß die inhaltliche Definition der Treuepflicht des Arbeitnehmers durch NIKISCH⁴⁾ und die daraus abgeleiteten Folgerungen dem Arbeitgeber "ein moralisch abgesichertes Disziplinierungsmittel an die Hand" geben, "das ein Klima der Unfreiheit zu schaffen geeignet ist."⁵⁾

-
- 1) SCHWERDTNER, S. 69/70
so auch: SÄCKER, S. 177
Für das österreichische Recht ebenso:
KRAMER, Arbeitsrechtliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, S. 40
 - 2) SCHWERDTNER, S. 69/70
so auch: KEMPF, S. 794
 - 3) BALLERSTEDT, Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts in: RdA 1976, 5 (9)
 - 4) NIKISCH, S. 446 f :
Der Arbeitnehmer habe sich "nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich sein könnte."
 - 5) BALLERSTEDT, RdA 1976, 5 (9) und dort FN 22)

Weiter wird kritisiert, daß die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis nicht nur für die adäquate inhaltliche Erfassung des Arbeitsverhältnisses unbrauchbar sei, sie versage auch in der praktischen Anwendung. Aus dieser Lehre könne man auf methodisch einwandfreiem Wege keine Rechtsfolgen ableiten. So kritisieren RAMM¹⁾ und SCHWERTNER²⁾, daß die Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis für die Fälle der §§ 123, 242 BGB unergiebig seien.

WIEDEMANN³⁾ und ihm folgend SCHWERTNER⁴⁾ bezeichnen es als "begriffsjuristisches Zauberstück", wenn die Verfechter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis aus der Gemeinschaftsbindung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern Treue- und Fürsorgepflichten ableiten und sodann mit eben diesen Fürsorge- und Treuepflichten den Nachweis für die Existenz des Gemeinschaftsverhältnisses erbringen wollen.⁵⁾

FARTHMAN⁶⁾ will zwar die Existenz von "Treue- und Fürsorgepflichten im Arbeitsverhältnis nicht leugnen." Aber für das Bestehen derartiger Pflichten sei "weder die Konstruktion eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses erforderlich, noch folgt umgekehrt aus der Anerkennung der genannten Pflichten, daß das ihm zugrundeliegende Rechtsverhältnis notwendigerweise die Züge einer Gemeinschaft tragen müsse."

1) RAMM, S. 22

2) SCHWERTNER, S. 112

3) WIEDEMANN, S. 25

4) SCHWERTNER, S. 44

5) vgl. HUECK, S. 129

6) FARTHMAN, S. 7

LÖWISCH und RÖDIG¹⁾ kritisieren, daß die von WIEDEMANN²⁾ herausgearbeiteten "Strukturelemente" ("Austauschverhältnis", "Gemeinschaftsverhältnis", "arbeitsrechtliches Schutzprinzip") nicht konkret genug seien, um der Rechtsfindung unmittelbar dienlich sein zu können;³⁾ die "sachlogischen Strukturen" seien im Grunde nur soziologische Beobachtungen, die aber von gesetzessystematischen Betrachtungen begleitet seien.

D Die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses

Einig - und das erscheint wichtig festzustellen - sind sich alle Autoren, daß das Arbeitsverhältnis durch Arbeitsvertrag begründet wird. Dabei wird der Arbeitsvertrag als Unterart des Dienstvertrages i.S.d. BGB verstanden, und darüber hinaus von einigen Autoren - wie im letzten Kapitel aufgezeigt - nicht als rein schuldrechtliches Austauschverhältnis betrachtet. Aus den verschiedenartigen Auffassungen vom "Wesen des Arbeitsverhältnisses" resultieren auch - wie oben dargestellt - unterschiedliche Auffassungen von der Existenz einer Fürsorge- und Treuepflicht im Arbeitsverhältnis.

Daher erscheint es geboten, zunächst einmal die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses zu untersuchen. Anschließend soll geprüft werden, ob sich das durch Arbeitsv e r t r a g begründete Arbeitsverhältnis von anderen Schuldverhältnissen hinsichtlich

1) LÖWISCH/RÖDIG RdA 70, 55 ff (56)

2) WIEDEMANN, S. 9 ff

3) so auch BALLERSTEDT, a.a.O., S. 8 FN 15

der Beziehungen der beiden Vertragspartner unterscheidet und so eventuell die Existenz einer Fürsorge- und Treuepflicht gerechtfertigt ist.

I Das Arbeitsverhältnis als Schuldverhältnis

Der Begriff des Schuldverhältnisses wird im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht definiert.¹⁾

Das Wort "Schuldverhältnis" wird aber an vielen Stellen des BGB verwandt. In den Vorschriften der §§ 273 I, 292 I, 305, 425 I BGB hat der Begriff "Schuldverhältnis" eine weitere Bedeutung - im Gegensatz zu den §§ 241 S. 1, 362 I, 364 I, 366 I BGB, wo mit "Schuldverhältnis" nur die einzelne schuldrechtliche Forderung des Gläubigers bezeichnet wird - : Hier wird der Begriff des "Schuldverhältnisses" zur Bezeichnung des gesamten schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses verwandt.

In der Rechtsprechung und Literatur werden unter einem Rechtsverhältnis alle von der Rechtsordnung anerkannten Beziehungen einer Person zu einer anderen Person verstanden, die sich als Rechtsfolgen aus einem konkreten Tatbestand ergeben. Hierbei

1) vgl. Motive Bd. II S. 2:

"Der Entwurf enthält sich einer Begriffbestimmung des Schuldverhältnisses. Eine solche aufzustellen ist nicht Sache des Gesetzes, bleibt vielmehr der Wissenschaft überlassen."

vgl. zu diesem Abschnitt neben der angegebenen Literatur noch:

MÜLLER, Gernot, Der Leistungsbegriff im Arbeitsverhältnis, der die Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses intensiv untersucht hat.

handelt es sich zumeist¹⁾ um subjektive Rechte an Personen oder Gegenständen und entsprechende Pflichten. Ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis (Schuldverhältnis) ist ein Rechtsverhältnis von einer Person zu einer oder mehreren anderen Personen, das sich aus einem schuldrechtlichen Tatbestand ergibt, der die eine Person berechtigt, von der oder den anderen Personen eine Leistung, d.h. ein Verhalten(!) zur Befriedigung ihres schutzwürdigen Interesses zu fordern, und die andere oder die anderen Personen zu dieser Leistung verpflichtet.²⁾

Das Schuldverhältnis ist also ein persönliches Rechtsverhältnis.³⁾

Inhalt des Schuldverhältnisses sind schuldrechtliche subjektive Rechte und Pflichten zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen.⁴⁾

Eine schuldrechtliche Pflicht ist eine persönliche Pflicht⁵⁾ zu einer Leistung gegenüber einer oder

1) Es gibt aber noch andere Rechtsverhältnisse, die nur als mögliche Quelle von zukünftigen, erst beim Hinzutreten weiterer Erfordernisse entstehenden Rechten und Pflichten in Betracht kommen, z.B. die Verwandtschaft oder der Wohnsitz; vgl.:
ENNECCERUS-NIPPERDEY, § 71 I 2 S. 427
PALANDT-HEINRICHS Erl. 1 vor § 241 BGB
RG Z 107, 303 (304)
BGH Z 10, 391 (395)

2) ENNECCERUS-LEHMANN, S. 1
PALANDT-HEINRICHS, Einl. 1 a vor § 241 BGB
PALANDT-PUTZO, Überblick 1 vor § 433 BGB

3) ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 427

4) LARENZ, I, § 2 II S. 17
WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 85

5) vgl. auch Motive Bd. II S. 2:
"Außer Zweifel steht, daß durch das Schuldverhältnis nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den in demselben stehenden Parteien begründet werden, der persönliche Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf die Leistung, die persönliche Verpflichtung des Schuldners zur Bewirkung der Leistung."

mehreren anderen Personen; ein Schuldrecht ist ein persönliches Recht, von einer oder mehreren anderen Personen eine Leistung zu verlangen (Forderungsrecht) oder diesen gegenüber eine Leistung vorzunehmen.¹⁾

Das Schuldverhältnis unterscheidet sich von anderen persönlichen Rechtsverhältnissen dadurch, daß es ebenso wie das familienrechtliche Rechtsverhältnis im Gegensatz zum Personenrecht, das sich auf die eigene Person richtet²⁾, auf andere Personen gerichtet ist und daß es im Gegensatz zum familienrechtlichen Rechtsverhältnis³⁾ der Befriedigung der Bedürfnisse des Berechtigten (Gläubigers) diene, also vermögensrechtlichen Charakter hat.⁴⁾

Das Arbeitsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis zwischen zwei Personen.⁵⁾

Es wird durch den Arbeitsvertrag begründet. Dieser berechtigt den Arbeitgeber, vom Arbeitnehmer die Leistung von Arbeit zu fordern, und verpflichtet

1) WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 85
LARENZ, § 2 II S. 14
ENNECCERUS-LEHMANN, S. 2

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 453

3) Familienrechte in dem hier verstandenen Sinne sind Rechte auf eine dauernde Lebensbeziehung zu einer anderen Person, die dem Berechtigten nur der ihm gegenüber diesen anderen Personen obliegenden sittlichen Pflichten willen verliehen sind; vgl: ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 454

4) ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 455 und 466
ENNECCERUS-LEHMANN, S. 4

5) Dies gilt auch für das sog. Gruppenarbeitsverhältnis. Ein solches liegt dann vor, wenn mehrere Arbeitnehmer zum Zweck gemeinsamer Arbeitsausführung und bei gesonderter Entlohnung bei demselben Arbeitgeber im selben Zeitraum in einem Arbeitsverhältnis stehen. vgl: PALANDT-PUTZO, Einf. 4 a cc vor § 611 BGB

den Arbeitnehmer zur Erbringung dieser Arbeitsleistung.

Gleichzeitig berechtigt der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer, vom Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung zu verlangen, und verpflichtet den Arbeitgeber, diese an den Arbeitnehmer zu leisten.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber schulden demnach einander aufgrund des Arbeitsverhältnisses ein Verhalten¹⁾, eine Leistung. Diese wird jeweils zur Befriedigung des Gläubigerinteresses geschuldet.²⁾

Daraus folgt, daß das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis ist.

II Das Arbeitsverhältnis als Dienstverhältnis

Das Dienstverhältnis wird durch den Dienstvertrag begründet; sein Inhalt bestimmt sich daher durch den Dienstvertrag.

Nach der Legaldefinition des § 611 I BGB wird durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Da - wie oben ausgeführt - das Arbeitsverhältnis als Unterfall des Dienstverhältnisses betrachtet wird, gilt die Vorschrift des § 611 BGB auch für den Arbeitsvertrag und damit für das Arbeitsverhältnis.³⁾

1) vgl. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 35: "Unter Arbeit ist jedes Verhalten des Menschen zu verstehen....."

2) ENNECCERUS-LEHMANN, S. 6
ENNECCERUS-NIPPERDEY, S. 466

3) HUECK-NIPPERDEY, S. 133
NIKISCH, Arbeitsrecht, S. 162
PALANDT-PUTZO, Einl. 4 vor § 611 BGB
SOERGEL-KRAFT, 2 vor § 611 BGB

Daher ist - unbeschadet der noch folgenden Untersuchung über die eventuellen Unterscheidungsmerkmale des Arbeitsverhältnisses vom Dienstverhältnis - der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag zur Leistung der versprochenen Arbeit¹⁾ und der Arbeitgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.²⁾

III Das Arbeitsverhältnis als gegenseitiges Schuldverhältnis

Der Inhalt des gegenseitigen Schuldverhältnisses bestimmt sich nach dem Inhalt des zugrundeliegenden Vertrages.

Ein Vertrag ist gegenseitig oder vollkommen zweiseitig verpflichtend, wenn in dem Vertrag eine Verpflichtung zur Leistung nicht nur für einen der Vertragspartner, sondern für beide vereinbart wird und wenn nach dem Inhalt des Vertrages die Leistungsverpflichtung eines jeden Vertragspartners ihren (inneren) Rechtsgrund in der Leistungsver-

-
- 1) HUECK-NIPPERDEY, S. 115 und 197
NIKISCH, Arbeitsrecht, S. 161
PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 3
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdn 106
SOERGEL-KRAFT § 611 BGB Anm 30
- 2) PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 6
WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 89
LOTMAR, S. 39

pflichtung des anderen Vertragspartners hat.¹⁾
Der Vertrag ist gegenseitig, weil die Leistungsverpflichtung des einen von der des anderen Vertragspartners in genau der gleichen Weise abhängt wie diese von jener. Da die Verpflichtung zur Leistung nicht Selbstzweck ist, sondern um der versprochenen Gegenleistung willen übernommen wird, besteht der Rechtsgrund nicht nur in der Leistungsverpflichtung des anderen, sondern auch in der Erfüllung dieser Leistungsverpflichtung.²⁾

Ein gegenseitiger Vertrag liegt demzufolge dann vor, wenn die Leistung eines jeden Vertragspartners nach dem Inhalt des Vertrages als Gegenleistung oder Entgelt für die Leistung des anderen Vertragspartners vereinbart ist.³⁾

-
- 1) MÜLLER, S. 13
van den DAELE, Probleme des gegenseitigen Vertrages, 1967, S. 16 und 28
WOLF, a.a.O., S. 88
HUBER, Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage in: JuS 1972, 57 (58)
Zu dieser Auffassung, daß beim gegenseitigen Vertrag der Austauschzweck nicht bloßes Motiv, sondern Vertragsinhalt und deshalb Rechtsgrund der beiderseitigen Verpflichtungen ist, finden sich in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Formulierungen:
"Jeder Vertragspartner verpflichtet sich zu seiner Leistung um der Gegenleistung willen." z.B. bei: ERMAN-BATTES, Rdz 4 vor § 320 BGB
PALANDT-HEINRICHS, Einf. 1 c vor § 320 BGB
LARENZ, I, § 15 I S. 167
BGH Z 15, 102 (105)
oder: "Jeder Vertragspartner verspricht dem anderen seine Leistung gerade deshalb, um für seine Leistung die Leistung des anderen Vertragspartners zu erlangen," so z.B.: LARENZ, I, § 15 S. 168
oder: "Jeder verpflichtet sich zu seiner Leistung nur unter der Bedingung, daß der andere zur Gegenleistung verpflichtet wird," so z.B.: BLOMEYER, Allgemeines Schuldrecht, § 21 III S.106
- 2) van den DAELE, S. 26
- 3) FIKENTSCHER, § 10 II 4, S. 37
LARENZ I, § 15 S. 167
ENNECCERUS-LEHMANN, S. 139
BLOMEYER, § 21 III, S. 107

Dabei handelt es sich um eine rechtliche gesetzte Äquivalenz der gegenseitigen Leistungspflichten und damit auch der Leistungswerte, die gegenüber dem objektiven Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung neutral ist.¹⁾

Für den gegenseitigen Vertrag ist die Bezeichnung "Austauschvertrag" gebräuchlich, weil hier der Rechtsgrund der Leistungsverpflichtungen Überwiegend²⁾ die Absicht eines jeden Vertragspartners ist, seine Leistung gegen die Leistung des anderen auszutauschen (do ut des).³⁾

1) van den DAELE, S. 30 ff

2) Im Gesellschaftsvertrag werden nicht der Austausch von Leistungen, sondern ihre Vereinigung vereinbart. Trotzdem wird der Gesellschaftsvertrag nach der herrschenden Meinung und in ständiger Rechtsprechung als gegenseitiger Vertrag aufgefaßt, da jeder Gesellschafter seine Leistung nur dafür verspricht, daß auch der andere leistet;

vgl. dazu auch den Wortlaut des § 705 BGB:

"Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

vgl. auch: ENNECCERUS-LEHMANN, § 32 II, S. 139

3) HUBER, JuS 1972, 57 (58)

WOLF, Die Lehre von der Handlung, in:

AcP 170 (1970), 181 (210)

IV Das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis

Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung und der Arbeitgeber zur Vergütung dieser Leistung verpflichtet.

Da die Pflicht zur Vergütung der Arbeit für das Arbeitsverhältnis begriffsnotwendig ist¹⁾, der Arbeitnehmer also zur entgeltlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist, ist die Pflicht des Arbeitgebers zur Vergütung der Arbeitsleistung der Rechtsgrund der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung und die Pflicht des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung der Rechtsgrund der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Vergütung.

Deshalb ist der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger Vertrag²⁾, das Arbeitsverhältnis somit ein gegenseitiges Schuldverhältnis.

Weil sich der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag zur entgeltlichen Arbeitsleistung verpflichtet, ist die vereinbarte Vergütung Entgelt, also Gegenleistung für die Arbeitsleistung. Ebenso ist die Arbeitsleistung Gegenleistung für die Gewährung der Vergütung, da sich der Arbeitgeber zu deren Vergütung verpflichtet hat. Das Arbeitsverhältnis ist daher auf den Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung ausgerichtet.³⁾

-
- 1) vgl. S. 68 ff die Ausführungen über das Dienstverhältnis
 - 2) HUECK-NIPPERDEY, S. 133 und 324
ERMAN-KÜCHENHOFF, Rdz 1 vor § 611 BGB
SOERGEL-KRAFT, Anm 28 vor § 611 BGB
PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 1 d
BAG in ständiger Rechtsprechung, vgl. insbesondere BAG AP Nr. 21 zu § 616 BGB
 - 3) BAG AP Nr. 21 zu § 616 BGB
BAG AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG 1952
PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 1 d
WIEDEMANN, S. 9
ERMAN-KÜCHENHOFF, Rdz 6 vor § 611 BGB
SOERGEL-KRAFT, Anm 28 vor § 611 BGB

V Das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis

Das Arbeitsverhältnis zählt nach allgemeiner Auffassung¹⁾ zu den Dauerschuldverhältnissen.²⁾

"Jede Arbeitsleistung fordert ihrer Natur nach eine gewisse Zeitdauer. Sie kann nicht wie die Sachleistung in einem Zeitpunkt, sondern nur in einem Zeitraum erfolgen, sie ist zeitgebunden."³⁾

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn hier die gesamte historische Herausbildung des Begriffes "Dauerschuldverhältnis" dogmatisch nachgezeichnet würde. Darum soll hier nur kurz auf den Charakter des Dauerschuldverhältnisses eingegangen und danach geprüft werden, ob auch das Arbeitsverhältnis ein solches ist.

Nach der Ansicht von LARENZ⁴⁾ sind Dauerschuldverhältnisse "solche Schuldverhältnisse, deren Abwicklung sich nicht in einmaligen Leistungen erschöpft, sondern einen mehr oder minder langen Zeitraum ausfüllt, da sie entweder ein dauerndes Verhalten oder in bestimmten Zeitabschnitten wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben."

1) NIKISCH, S. 165

WOLF, S. 97

HUECK-NIPPERDEY, S. 124 und 166

PALANDT-PUTZO, Einf. 1 e vor § 611 BGB

LARENZ II, § 52 I, S. 254

2) Im BGB ist der Begriff "Dauerschuldverhältnis" nicht verwendet worden. Er ist durch Rechtsprechung und Lehre herausgebildet worden (vgl. PALANDT-HEINRICHS, Einl. 5 a vor § 241 BGB) und ist durch §§ 10 Nr. 3, 11 Nr. 1 und 12 AGB G in die Gesetzessprache eingegangen, ohne allerdings dort eine Legaldefinition erfahren zu haben.

3) HUECK-NIPPERDEY, S. 134

4) LARENZ I, § 2 VI S. 27

Entscheidend für die Charakterisierung eines Schuldverhältnisses als Dauerschuldverhältnis ist demnach die zeitliche Dimension des dieses Schuldverhältnis begründenden Vertrages.¹⁾ LARENZ²⁾ vertritt die Auffassung, "daß der Umfang der Gesamtleistungen von der Länge der Zeit abhängt, während derer die Leistungen fortgesetzt werden sollen." Demnach besteht die besondere Bedeutung der Dauer des Dauerschuldverhältnisses darin, daß die Dauer des Vertrages der Maßstab für die "Menge" der geschuldeten Leistung ist.³⁾ Es ist ausreichend, wenn dies bei der geschuldeten Leistung wenigstens eines Vertragspartners der Fall ist.⁴⁾

Das Dauerschuldverhältnis ist demnach ein Schuldverhältnis, bei dem der Inhalt mindestens einer Leistungspflicht in ihrem mengenmäßigen Umfang von der Dauer des das Dauerschuldverhältnis begründenden Vertrages bestimmt wird. Für das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ist es deshalb unerheblich, ob die Leistung für eine längere oder nur für eine kurze Zeit geschuldet ist und ob eine einzige Leistung oder wiederkehrende Leistungen zu erbringen sind.

1) BETTZKE. Nichtigkeit, Auflösung, und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen, 1948, S. 20

2) LARENZ, I, § 2 VI S. 27

3) WOLF, a.a.O., S. 97

WOLF, Manfred, Kündigung vor Arbeitsantritt und Schadensersatz in: Jus 1968, 65 (68)

4) LARENZ I, § 2 VI S. 28

vgl. THUME, Der § 324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen unter Besonderer Berücksichtigung des Arbeitsvertrages, 1968, S. 61:

"Sonst wäre beispielsweise ein Mietvertrag, bei dem der gesamte Mietzins auf einmal bezahlt würde, aus der Sicht des Mieters ein einfaches, aus der Sicht des Vermieters dagegen ein dauerndes Schuldverhältnis.

Für die Existenz eines Dauerschuldverhältnisses kann es nur auf den Inhalt einer Hauptleistungspflicht ankommen, da diese das Wesen des Vertrages ausmacht und somit die Rechtsnatur des Schuldverhältnisses bestimmt."

Der Arbeitnehmer ist durch den Arbeitsvertrag zur Leistung der versprochenen Arbeit verpflichtet. Da Arbeitsleistungen zeitgebunden sind,¹⁾ bestimmt sich der Umfang einer Arbeitsleistung nach der aufgewandten Zeit. Da eine Leistungsverpflichtung auch in der Modalität des Umfangs durch den Vertrag bestimmt wird, ist das Maß für den mengenmäßigen Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung die Dauer des Vertrages. Durch den Arbeitsvertrag wird daher notwendigerweise immer ein Dauerschuldverhältnis begründet.

Bei der Arbeitsleistung (Leistung des Arbeitnehmers) handelt es sich um eine Kombination von wiederkehrenden und dauernden Leistungen.²⁾

Während der Arbeitszeit erfüllt der Arbeitnehmer seine Arbeitspflicht in jedem Augenblick (Dauerleistung); außerhalb der Arbeitszeit ist die Arbeitsleistung "unterbrochen", bis sie mit der Wiederaufnahme der Arbeit bei Beginn der Arbeitszeit wiederkehrt (wiederkehrende Leistung).

Die Gewährung der Vergütung (Leistung des Arbeitgebers) ist aufgrund der Fälligkeitsbestimmung³⁾

-
- 1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 134
Die Pflicht zur Arbeitsleistung wird daher in der Literatur als absolute Fixschuld angesehen.
- 2) NIKISCH, a.a.O., S. 287
THUME, a.a.O., S. 145
ähnlich BAG E 3, 66 (76) = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG, das von "konkreten, einzelnen, zeitlich aufeinanderfolgenden Diensten, die je und je angeboten wurden", spricht.
wohl auch:
HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 126 FN 31, der lediglich davon spricht, daß der Arbeitnehmer zu ständig wiederkehrenden Arbeitsleistungen verpflichtet ist.
- 3) PALANDT-HEINRICHS, § 271 BGB Anm 4

des § 614 Satz 1 BGB eine einmalige Leistung.¹⁾ Sie ist dagegen eine wiederkehrende Leistung, wenn "die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen" ist (§ 614 Satz 2 BGB).²⁾ In diesem Fall ist das Arbeitsverhältnis auch aufgrund der Leistung des Arbeitgebers ein Dauerschuldverhältnis.

Als Zwischenergebnis kann festgestellt werden, daß das Arbeitsverhältnis seiner Rechtsnatur nach ein Unterfall des Dienstverhältnisses ist, nämlich ein gegenseitiges, auf den Austausch von Arbeitsleistung und Vergütung gerichtetes Dauerschuldverhältnis.

Anschließend soll untersucht werden, ob es gerechtfertigt ist, das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis zu kennzeichnen, das auf einer beiderseitigen Treue der Vertragsparteien beruht.

1) Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entsteht allerdings mit der Leistung der Arbeit.
vgl.:

ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 621
RG Z 142, 291 (295)

2) vgl. auch § 64 Satz 1 HGB:

Die Zahlung des dem Handlungsgehilfen zukommenden Gehalts hat am Schlusse jeden Monats zu erfolgen.

- 77 -

VI Das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches
Gemeinschaftsverhältnis?

Nach der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis beruht das Arbeitsverhältnis auf der Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.¹⁾

Dieser Meinung zufolge ist das Arbeitsverhältnis ein Rechtsverhältnis eigener Art, das sich nicht im Austausch von Arbeit und Lohn erschöpft, sondern darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründet und sie zu gegenseitiger Treue verpflichtet.²⁾

Bemerkenswert ist, daß das Dienstverhältnis - als normierter Oberbegriff des Arbeitsverhältnisses - weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis bezeichnet wird. Diese Charakterisierung wird vielmehr allein für die Lösung verschiedener arbeitsvertraglicher Probleme herangezogen³⁾, und damit wohl als Artmerkmal des Arbeitsverhältnisses betrachtet.

1) vgl. oben S. 29 FN 1

PALANDT-PUTZO, Einf. 1 c vor § 611 BGB

ähnlich:

STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNNEN-NEUMANN,

Vorbem. 39 vor § 611 BGB:

"Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtlicher Austauschvertrag mit personenrechtlichen Ausstrahlungen, die über die auf Austausch von Lohn und Arbeit gerichteten Pflichten (§ 611 BGB) hinausgehend einen weiteren Pflichtenkreis der am Arbeitsvertrage Beteiligten schaffen (insbesondere Treue- und Fürsorgepflicht)."

2) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

3) vgl. oben S. 52 FN 1 und 2, S. 53 FN 1 und 2
und unten in Teil E

Außerdem z.B. zur Auslegung des § 1 Arbeiterkrankheitsgesetz:

BAG E 8, 1(6) = AP Nr. 1 zu § 2 ArbKrankHG

oder zur Begründung des Anspruchs des Arbeitnehmers auf Beschäftigung: BAG E 2, 221 (224)

= AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht

NIKISCH, a.a.O., S. 513

HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 382

Wie bereits oben¹⁾ angedeutet, definieren die Vertreter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis den Begriff nicht - ebensowenig wie die Rechtsprechung.

Deshalb soll hier ausführlich die Auffassung der Verfechter dieser Lehre ermittelt und auf ihren Bestand untersucht werden. Die Darstellung beschränkt sich auf die beiden herausragenden Autoren dieser Theorie, HUECK und NIKISCH.

1. Der Inhalt der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis ---

Alfred HUECK vertritt die Auffassung, "daß die vom Arbeitnehmer in Person zu erbringende und in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber zu leistende Arbeit die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in ganz anderer Weise erfaßt als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung.

Man bezeichnet den Arbeitsvertrag deshalb gern als einen personenrechtlichen Vertrag und das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Verhältnis."²⁾

Auch der Arbeitgeber, der sich vom Arbeitnehmer persönliche Arbeit in seinem Dienst versprechen lasse, trete notwendig in enge persönliche Beziehungen zum Arbeitnehmer,"so daß zwischen beiden ein über bloße schuldrechtliche Pflichten hinausgehendes

1) Teil B, S. 25 ff

Hier sei noch einmal Alfred HUECK zitiert:
"...., daß die Begriffe "Gemeinschaft" und "personenrechtlich" nicht eindeutig sind, vielmehr im gewöhnlichen Sprachgebrauch wie auch in der Rechtswissenschaft in sehr verschiedenem Sinne verwandt werden."

HUECK-NIPPERDEY, § 22 II 2, S. 130

2) HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, S. 46

Rechtsverhältnis eigener Art begründet wird."

Dieses Rechtsverhältnis verpflichte wegen der engen persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander beide Teile zur Treue, d.h. auf Seiten des Arbeitgebers zur Fürsorge für den Arbeitnehmer, auf Seiten des Arbeitnehmers zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers. Wegen dieses beide Teile "verbindenden Treuebandes" könne man es als Gemeinschaftsverhältnis bezeichnen. Das Arbeitsverhältnis sei also ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, d.h. ein Rechtsverhältnis, das sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpfe, sondern darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit der Beteiligten begründe und sie zu gegenseitiger Treue verpflichte. Der Arbeitsvertrag sei daher ein gemeinschaftsbegründender Vertrag, der seine Parallele nicht im Kauf oder in der Miete, sondern im Gesellschaftsvertrage habe.¹⁾

NIKISCH, als Vertreter der Eingliederungstheorie, betrachtet das Arbeitsverhältnis zwar als schuldrechtliches Austauschverhältnis.²⁾ Er leitet aber aus der Tatsache, daß der Arbeitnehmer sich mit seiner Arbeitskraft "in die Arbeitsaufgabe des Arbeitgebers einordnet, daß er in dessen Lebensbereich eintritt", ab, daß die damit begründete "persönliche Verbundenheit der Beteiligten als das Wesensmerkmal des Arbeitsvertrages anzusehen" und dieser "damit als personenrechtliches Verhältnis zu kennzeichnen" sei.³⁾ Nach NIKISCH⁴⁾ nimmt das Arbeitsverhältnis "mit dem Eintritt des Arbeit-

1) alle Zitate: HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, S. 129

2) NIKISCH, a.a.O., S. 6

3) NIKISCH, a.a.O., S. 49

4) NIKISCH, a.a.O., S. 162 ff

nehmers in den Betrieb, oder den privaten Lebensbereich des Arbeitgebers den Charakter eines Gemeinschaftsverhältnisses an." Das Arbeitsverhältnis ist somit nach der Auffassung NIKISCH's ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.¹⁾

Auf die Unterschiede von Vertrags- und Eingliederungstheorie²⁾ braucht hier nicht eingegangen zu werden; denn die Begründung beider Theorien bezüglich des Vorliegens eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses sind einander stark angenähert.

2. Die Auseinandersetzung mit dieser Lehre

Da es hier um den eigenen Versuch der Untersuchung der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses geht, soll - unabhängig von der bereits im Abschnitt C aufgezeigten Kritik der Literatur - untersucht werden, ob die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis haltbar ist.

a) Das die Persönlichkeit erfassende Rechtsverhältnis

Wie oben dargestellt, soll nach der Auffassung HUECK's die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung seine Persönlichkeit in ganz anderer Weise erfassen als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung. Damit wird behauptet, daß jede schuldrechtliche Leistungspflicht die Persönlichkeit des Schuldners erfaßt, und daß die Pflicht zur Arbeitsleistung dies in ganz anderer Weise tut als die Verpflichtung

1) NIKISCH, a.a.O., S. 32 und 168

2) Letztere hält WIEDEMANN, S. 5, für widerlegt.

zur Sachleistung.

Die erste Behauptung ist zutreffend, aber für die rechtliche Betrachtung des Schuldverhältnisses unerheblich. Denn durch die Aussage, daß schuldrechtliche Pflichten die Persönlichkeit ergreifen, wird das Schuldverhältnis weder einer neuen anerkannten rechtlichen Kategorie zugeordnet, noch wird dadurch seine Rechtsnatur weiter bestimmt. Denn oben¹⁾ wurde dargestellt, daß der Dienstverpflichtete kraft des Dienst- und Arbeitsvertrages eine Leistung i.S.d. § 241 BGB, also ein persönliches Verhalten, schuldet. Aber auch bei "sachbezogenen" Schuldverhältnissen, wie z.B. der Herstellung eines versprochenen Werkes, schuldet der Schuldner ein persönliches Verhalten. Insoweit erfassen schuldrechtliche Pflichten stets die Persönlichkeit des Schuldners, da sie ein persönliches Verhalten verlangen.

Die zweite Behauptung, die vom Arbeitnehmer geschuldete Arbeitsleistung erfasse dessen Persönlichkeit in ganz anderer Weise als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung, bleibt unklar. Denn es ist offen, in welcher anderen Weise die Pflicht zur Arbeitsleistung dies tun soll.²⁾ Auch wenn HUECK damit die Personenbezogenheit meint, führt das nicht weiter; denn die Personenbezogenheit findet sich auch im Dienstverhältnis, ist also nicht spezifisch für den Unterfall des Arbeitsverhältnisses.³⁾

1) unter 1.

2) so auch WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 12

3) Auch MAVRIDIS, RdA 1956, 444 (445) erkennt - genau wie SCHWERTNER, S. 86, und SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10. Aufl., Anm 13 vor § 611 BGB - in der Personenbezogenheit kein spezifisches Merkmal des Arbeitsverhältnisses.

b) Das personenrechtliche Verhältnis

HUECK behauptet, daß Arbeitnehmer und Arbeitgeber durch den Arbeitsvertrag notwendigerweise in enge persönliche Beziehungen treten. Diese These beschreibt aber nicht eine Eigenart des Arbeitsverhältnisses, sondern betont nur dessen schuldrechtlichen Charakter. Denn es ist gerade ein Kennzeichen des Schuldverhältnisses, daß sie Beziehungen von Person zu Person sind,¹⁾ daß zwischen Schuldner und Gläubiger enge persönliche Beziehungen bestehen.²⁾ Demzufolge sind die engen persönlichen Bindungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur ein Merkmal, das das Arbeitsverhältnis mit allen Schuldverhältnissen gemeinsam hat.

Aus den persönlichen Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien schließt HUECK, daß das Arbeitsverhältnis ein über bloße schuldrechtliche Pflichten hinausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art sei, nämlich ein personenrechtliches Verhältnis, und der Arbeitsvertrag demzufolge ein personenrechtlicher Vertrag sei. Zur Begründung führt er aus: " Der Arbeitsvertrag könnte nicht zum Schuldrecht gerechnet werden, wenn man das Schuldrecht auf die Festsetzung rein vermögensrechtlicher Pflichten beschränken würde, denn wenn auch der vermögensrechtliche Charakter wichtiger Leistungen aus dem Arbeitsvertrag, vor allem der Lohnzahlung, nicht zu bestreiten ist, so geht doch die personenrechtliche Bindung, die für das Arbeitsverhältnis charakteristisch ist, über das bloße Vermögensrecht

1) ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 527

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 427
PALANDT-HEINRICHS, Einl. 5 b aa vor § 241 BGB:
"Das Dauerschuldverhältnis begründet eine engere Bindung als die sonstigen Schuldverhältnisse."

hinaus. Aber die Beschränkung des Schuldrechts auf vermögensrechtliche Leistungen entspricht nicht dem geltenden Recht, vielmehr können schuldrechtliche Verträge auch zur Befriedigung ideeller Interessen abgeschlossen werden."¹⁾ Nach seiner Ansicht "ist der Gegensatz von personenrechtlich nicht schuldrechtlich, sondern vermögensrechtlich."²⁾

Dieser Ansicht, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Verhältnis ist, kann nicht gefolgt werden.

Die Behauptung, daß das Schuldrecht nicht auf die Festsetzung vermögensrechtlicher Leistungen beschränkt ist, ist unzutreffend.

Es ist zwar richtig, daß schuldrechtliche Verträge auch zur Befriedigung ideeller Interessen abgeschlossen werden können,³⁾ der Gegensatz von "ideellen Interessen" ist jedoch der Begriff des Vermögensinteresses.⁴⁾

Demzufolge begründet der Abschluß eines Vertrages zur Befriedigung ideeller Interessen keine personenrechtlichen, sondern schuldrechtliche Pflichten zu einer Leistung ohne Vermögenswert.⁵⁾

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 132

2) HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, S. 47

3) ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 6

4) siehe Protokolle zum BGB Band I S. 281:
"Der dem Entwurf zugrundeliegenden Auffassung sei darin zuzustimmen, daß ein Vermögensinteresse auf Seiten des Gläubigers zum Wesen der Obligation nicht gehöre. Die letztere habe bei einem hoch kultivierten Volke nicht bloß die Aufgabe, dem Gläubiger materielle Güter zu verschaffen, sondern solle auch ideelle Güter ihm vermitteln, deren Bedeutung und Wertschätzung mit der Kultur steige."

5) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 453

Schuldrechtliche Pflichten sind aber vermögensrechtliche Pflichten¹⁾, und zwar selbst dann, wenn sie zu einer nicht-vermögenswerten Leistung verpflichten.²⁾

Unzutreffend ist auch die Behauptung, der Begriff "Schuldrecht" umfasse Vermögensrecht u n d Personenrecht.

Vermögensrechte dienen zur Befriedigung der äußerlichen Bedürfnisse der Person des Berechtigten und finden darin ihren nächsten Zweck³⁾, sie gehören damit dem Gebiet des wirtschaftlichen Lebens an. Zu den Vermögensrechten zählen vor allem die Schuldrechte, die dinglichen Rechte und die Erbrechte.⁴⁾

Demgegenüber beziehen sich die Personenrechte auf die eigene Person; sie sind Recht an der eigenen Person und dem, was zum Persönlichkeitskreis gehört.⁵⁾ Daher steht das Personenrecht - wie auch HUECK anerkennt - im Gegensatz zum Vermögensrecht und entgegen seiner Ansicht damit im Gegensatz zum Schuldrecht.

Da der Arbeitsvertrag keine Rechte an der Person einräumt, sondern vielmehr der Befriedigung der vermögenswerten Interessen⁶⁾ der jeweiligen Gläubiger dient, die im Erhalt der Vergütung auf Seiten der Arbeitnehmer und im Erhalt der Arbeitsleistung auf Seiten des Arbeitgebers bestehen, ist er ein vermögensrechtlicher Vertrag, und zwar schuldrechtlicher Art, da er zur Erbringung von Leistungen verpflichtet.⁷⁾

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 456

2) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 454 FN 6
NIKISCH, a.a.O., S. 46

3) LEHMANN AT, S. 83

4) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 456

5) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 453
LEHMANN, AT, S. 83

6) ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 611

7) siehe S. 69 ff

Daraus folgt, daß durch den Arbeitsvertrag keine personenrechtlichen, sondern ausschließlich vermögensrechtliche, und zwar schuldrechtliche Rechte und Pflichten begründet werden. Demzufolge besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch keine personenrechtliche, sondern nur eine persönliche Bindung schuldrechtlicher Art.¹⁾

Auch geht die rechtliche Bindung der Vertragspartner des Arbeitsverhältnisses nicht über das Vermögenrecht hinaus. Solche Rechtsbeziehungen, die über vermögensrechtliche Beziehungen hinausgreifen, sind in einem Schuldverhältnis nicht denkbar.²⁾

Daraus folgt als Ergebnis, daß es aufgrund eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses keine anderen als persönliche Beziehungen schuldrechtlicher Art gibt.

c) Das Gemeinschaftsverhältnis

HUECK folgert aus den persönlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, daß das Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis sei: Das Arbeitsverhältnis als ein über bloße schuldrechtliche Pflichten hinausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art"verpflichtet wegen der persönlichen Beziehungen der Beteiligten zueinander beide Teile zur Treue, d.h. auf Seiten des Arbeitnehmers zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers, auf Seiten des Arbeitgebers zur Fürsorge für den Arbeitnehmer. Man kann es wegen dieses beide Teile verbindenden Treuebandes als Gemeinschaftsverhältnis bezeichnen."³⁾

1) s.o. S. 65 ff

2) SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., Vorbem.
13 vor § 611 BGB

3) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 129
HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, S. 46
ebenso: NIKISCH, a.a.O., S. 8 ff

Das Bestehen der beiderseitigen Treuepflicht im Arbeitsverhältnis wird von HUECK aber gerade damit begründet, daß das Arbeitsverhältnis ein Gemeinschaftsverhältnis ist: "Das Arbeitsverhältnis erschöpft sich nach heutiger Auffassung nicht in einem Austausch von Vermögensleistungen, sondern es begründet darüberhinaus persönliche Beziehungen zwischen den Parteien, es ist ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis..... Für derartige Rechtsverhältnisse ist das Bestehen einer echten Treuepflicht charakteristisch. Demgemäß ist denn auch für das Arbeitsverhältnis fast allgemein anerkannt, daß es vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht wird. Mithin besteht, genau so wie der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zur Treue und Fürsorge verpflichtet ist, auch für jeden Arbeitnehmer eine allgemeine Treuepflicht....."¹⁾

Insoweit handelt es sich wirklich um ein "begriffsjuristisches Zauberstück."²⁾

Zudem unterscheidet HUECK begrifflich nicht zwischen "personenrechtlich" und "Gemeinschaftsverhältnis".³⁾

Er gebraucht beide Begriffe synonym:

"Man bezeichnet den Arbeitsvertrag deshalb gern als

1) HUECK-NIPPERDEY, S. 241, ferner S. 390, vgl. auch S. 28:

"Nach heutiger Auffassung erschöpft sich der Arbeitsvertrag nicht im Austausch vermögenswerter Leistungen, obwohl auch ein solcher vorliegt, sondern im Vordergrund stehen personenrechtliche Beziehungen, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Gemeinschaftsverhältnis begründen. Wie jedes Gemeinschaftsverhältnis wird deshalb das Arbeitsverhältnis vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht."

ebenso: NIKISCH, a.a.O., S. 32 und 169

2) WIEDEMANN, S. 25
SCHWERTNER, S. 44

3) so auch WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 7

personenrechtliches Verhältnis, das vom Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht wird."¹⁾ "Im Vordergrund stehen personenrechtliche Beziehungen, die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Gemeinschaftsverhältnis begründen. Wie jedes Gemeinschaftsverhältnis wird deshalb das Arbeitsverhältnis von dem Grundsatz beiderseitiger Treue beherrscht."²⁾

Der Begriff des Gemeinschaftsverhältnisses ist, wie HUECK³⁾ zutreffend bemerkt, nicht eindeutig. Da - wie oben bereits angemerkt - HUECK das, was mit diesem Begriff gemeint ist, nicht positiv beschreiben kann, nimmt er in einer Aufzählung negativer Kriterien Zuflucht: Das Wesen der Gemeinschaft bestehe "n i c h t in der persönlichen Zusammenarbeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer"⁴⁾, auch n i c h t in einer "mehr oder weniger vollständigen Gleichheit der Interessen".⁵⁾ Auch sei "diese Gemeinschaft n i c h t notwendig eine Gesinnungsgemeinschaft." Es handele sich "vielmehr lediglich um eine Gemeinschaft im Rechtssinn, die für die Beteiligten Pflichten zu einem gemeinschaftsmäßigen Verhalten mit sich bringt."⁶⁾

Trotz dieser "Klarstellung", was der Begriff nicht beinhalte, bleibt unklar, was unter einem Gemeinschaftsverhältnis zu verstehen ist.

WOLF⁷⁾ versteht unter einem Gemeinschaftsverhältnis ein rechtliches Verhältnis zwischen bestimmten Personen mit dem Inhalt, Entscheidungen mit dem anderen

1) HUECK-NIPPERDEY, S. 129

2) HUECK-NIPPERDEY, S. 28

3) HUECK-NIPPERDEY, S. 130

4) HUECK-NIPPERDEY, S. 130

5) HUECK-NIPPERDEY, S. 130

6) HUECK-NIPPERDEY, S. 131

7) WOLF, Dogmatische Grundlagen einer Reform des Ehescheidungsrechts, in: JZ 1970, 441 (446)

zu treffen, die diesen mitbetreffen. Dies trifft aber auf das Arbeitsverhältnis nicht zu.¹⁾ Erforderlich werdende Entscheidungen sind entweder vom Arbeitgeber (Direktionsrecht) oder vom Arbeitnehmer allein zu treffen, auch wenn dafür eine Information im Einzelfall erforderlich sein mag.²⁾

Hier wird auch durch das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976³⁾ keine neue Situation geschaffen. Die Mitbestimmungsregelung betrifft nur das Unternehmen als Ganzes, nicht aber unmittelbar den Inhalt des Einzelarbeitsverhältnisses. Es wird höchstens mittelbar der Bestand des Einzelarbeitsverhältnisses durch die Unternehmenspolitik (Entlassung, Kurzarbeit) betroffen; dies ist aber für die hier anstehende Untersuchung irrelevant.⁴⁾

HUECK zieht Parallelen zwischen dem Arbeitsverhältnis und dem Gemeinschaftsverhältnis der Ehe⁵⁾, der Familie⁶⁾ und dem Adoptivverhältnis.⁷⁾

Das Arbeitsverhältnis ist aber - wie festgestellt - kein familienrechtliches Verhältnis. Diese Ansicht vertritt selbst NIKISCH⁸⁾, dem der Vergleich des Arbeitsverhältnisses "mit der so völlig anders gearbeteten Ehe" nicht "angängig" zu sein scheint und nur geeignet ist, "Widerspruch dagegen hervorzurufen, daß

1) WOLF, Arbeitsverhältnis, S. 19

2) vgl. dazu § 77 I 2 BetrVG: "Der Betriebsrat darf nicht durch einseitige Handlungen in die Leistung des Betriebes eingreifen."

3) BGBI I, S. 1153

4) vgl. zur Frage, ob das Mitbestimmungsgesetz 1976 zu Gemeinschaftsbildungen zu Lasten der Arbeitnehmer führen kann:
SCHWERDTNER, Fürsorge- und Treuepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des Allgemeinen Arbeitsvertragsrechts, in: ZfA 1979, 1 (12)

5) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

6) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131 FN 9

7) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 120 und 126

8) NIKISCH, a.a.O., S. 163

man hier überhaupt von einer 'Gemeinschaft' spricht."

Daß das Arbeitsverhältnis nicht zum Familienrecht gehört, wird dadurch deutlich, daß es weder auf eine dauernde Lebensbeziehung gerichtet ist, noch räumt es dem aus dem Arbeitsverhältnis Berechtigten Rechte um der ihm gegenüber dem Verpflichteten obliegenden sittlichen Pflicht willen ein.¹⁾

Auch NIKISCH²⁾ räumt ein, daß die familienrechtliche Gemeinschaft mit der arbeitsrechtlichen nur sehr entfernt verwandt sei - und zwar deshalb, weil die Verbindung, die Arbeitgeber und Arbeitnehmer miteinander eingehen, ausgesprochen zweckbestimmt sei.

Nach überwiegender Meinung ist Voraussetzung für das Vorliegen einer Gemeinschaft eine Gleichrichtung der Interessen der Beteiligten.³⁾

Dabei werden unter dem Oberbegriff der Interessengemeinschaft sowohl die Gemeinschaften, die auf gemeinschaftlicher Interessen- oder Zweckverfolgung beruhen (Rechtsgemeinschaft und Gesellschaft) als auch die Gemeinschaften zusammengefaßt, bei denen trotz Fehlens einer Zweckgemeinschaft doch eine besondere Gleichrichtung der Interessen in einer kon-

1) ENNECCERUS-NIPPERDEY, a.a.O., S. 454

2) NIKISCH, a.a.O., S. 49

3) PALANDT-THOMAS § 705 BGB Anm 1 a
FARTHMAN, Der "personenrechtliche Charakter"
des Arbeitsverhältnisses, in: RdA 1960, 5 (6)
SCHWERDTNER, Fürsorgetheorie, S. 56
derselbe, Gemeinschaft, Treue, Fürsorge
- oder die Himmelfahrt des Wortes, in: ZRP 1970, 65
SCHMIDT, AcP 162, 305 (349)
WOLF, a.a.O., S. 35 ff.
NEUMANN, RdA 1951, 1 (2)
RAMM, S. 21 FN 44
MAVRIDIS, RdA 1956, 444 (446)

kreten Notsituation gegeben ist(sog. schlichte Interessengemeinschaft).¹⁾

Fraglich ist demnach, ob das Arbeitsverhältnis eine schlichte Interessengemeinschaft darstellt.

Dies ist zu verneinen. Denn eine schlichte Interessengemeinschaft - die z.B. zwischen Konkursgläubigern besteht²⁾ - setzt das Nichtvorhandensein vertraglicher Beziehungen voraus. Das Arbeitsverhältnis ist jedoch ein durch den Arbeitsvertrag begründetes vertragliches Rechtsverhältnis.

Eine Rechtsgemeinschaft gemäß § 741 BGB liegt dann vor, wenn den an der Gemeinschaft beteiligten Personen ein Recht gemeinschaftlich zusteht.

Im Arbeitsverhältnis gibt es jedoch keinen Gegenstand mit gemeinschaftlicher Rechtszuständigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.³⁾

Das Arbeitsverhältnis ist schließlich auch kein Gesellschaftsrecht i.S.d. § 705 BGB. Voraussetzung für das Vorliegen einer Gesellschaft ist nämlich die gegenseitige Verpflichtung der Gesellschafter,

1) PALANDT-THOMAS § 741 BGB Anm 1

FARTHMAN, a.a.O., S. 6 sieht den Gemeinschaftsbegriff, dem er die Definition der Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB zugrundelegt, zu eng; seiner Auffassung nach "setzt die Gemeinschaft innere, selbst in ihrer blassesten und schwächsten Ausprägung, ein bestimmtes, auf den jeweils in Frage stehenden Zweck oder die gemeinsame Idee ausgerichtetes Zusammenwirken voraus. Daher gehört es notwendig zu einem Gemeinschaftsverhältnis, daß sich die Beteiligten zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes zusammenschließen, und daraus ergibt sich, daß unter ihnen eine gewisse Identität der Interessenlage vorhanden sein muß."

HUECK (HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 130/131 FN 9ff) hat dies zu Recht kritisiert.

2) BGH JZ 1961, 91, 93

3) SÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 207

vgl. auch HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 130 FN 9a: "Was den Begriff der Gemeinschaft betrifft, so liegt auf der Hand, daß in dem hier gemeinten Sinn nicht der in §§ 741 ff BGB geprägte Begriff der Gemeinschaft als gemeinschaftlicher Zuständigkeit eines Rechts in Betracht kommt."

einen gemeinsamen Zweck durch Zusammenwirken zu erreichen. HUECK selbst¹⁾ scheint dies zu sehen, wenn er einschränkend ausführt: "Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich vom Gesellschaftsvertrag dadurch, daß er eine Unterordnung des Arbeitnehmers zur Voraussetzung hat, während sich die Gesellschafter gleichberechtigt gegenüberstehen. Eben deshalb ist ein Gesellschaftsvertrag, auch wenn er einen Gesellschafter zur Arbeitsleistung verpflichtet, niemals Arbeitsvertrag."

Das Arbeitsverhältnis ist demzufolge kein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne einer schuldrechtlichen Interessengemeinschaft. Auch HUECK²⁾ teilt offensichtlich diese Ansicht: Er führt aus, daß nicht verkannt werden solle, daß neben den erheblichen Interessengegensätzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in erheblichem Umfang gemeinsame Interessen vorhanden seien.³⁾

Als Zwischenergebnis bleibt damit festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis danach **k e i n** Gemeinschaftsverhältnis ist.

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 129, 130 FN 8

2) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

3) Dazu stellt HUECK in HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 14, fest, daß "sowohl im Einzelbetrieb wie in der ganzen Volkswirtschaft weitgehend gemeinsame Interessen" zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorhanden sind, "daß ein verständiger Unternehmer auf eine gutgestellte, zufriedene Arbeitnehmerschaft Wert legen muß, weil nur diese zu guten Leistungen imstande ist und dem Betrieb auch in Notzeiten die Treue halten wird, und daß umgekehrt auch die Arbeitnehmer am Gedeihen des Unternehmens interessiert sind, weil nur das gutgehende, gesunde Unternehmen ihnen dauernd Arbeitsgelegenheit, hohe Löhne, gute Arbeitsbedingungen bieten kann."

vgl. i.Ü. die Ausführungen oben im Teil C

d) Die Parallelität mit der Gesellschaft

HUECK¹⁾ ist der Auffassung, daß der Arbeitsvertrag seine Parallele nicht im Kauf, sondern im Gesellschaftsvertrag findet.

Der Gesellschaftsvertrag setzt im Gegensatz zum Kauf voraus, daß der Zweck, zu dessen Erreichung die gegenseitige Verpflichtung eingegangen ist, ein gemeinsamer ist, d.h. der Zweck muß derart sein, daß jeder Gesellschafter dessen Förderung von den Mitgesellschaftern beanspruchen kann.²⁾

Ein solcher gemeinsamer Zweck ist im Arbeitsverhältnis nicht gegeben.

Im Gegensatz zur Auffassung HUECK's³⁾ und HÜRHOLOZ'⁴⁾ u.a. ist der sog. Betriebserfolg kein gemeinsamer Zweck, da der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber keinen Rechtsanspruch auf die Förderung des Betriebserfolges hat. Anders als in § 1 AOG⁵⁾ räumt das BetrVG dem Betriebsrat als dem Organ der Arbeitnehmerschaft kein Mitbestimmungsrecht zur Festsetzung der den Betriebserfolg determinierenden Unternehmensziele ein.⁶⁾

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 129
HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, S. 47

2) PALANDT-THOMAS § 705 BGB Anm 4
BGH WM 1965, 795

3) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 14

4) HÜRHOLOZ, Die Treuepflichten des Arbeitnehmers, 1968, S. 89:
"Trotz der Interessengegensätze haben beide Beteiligte mindestens das gleichgerichtete Interesse, den Produktionsbetrieb aufrecht zu erhalten, zu verbessern und fortzuführen."

5) § 1 AOG: "Im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung des Betriebszwecks und zu gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat."

6) Zur Frage, ob dies durch das MitbestG anders geworden ist, vgl. BUCHNER, Tendenzförderung als arbeitsrechtliche Pflicht, in: ZfA 1979, 335 ff

Auch beim Kaufvertrag ist kein gemeinsamer Zweck gegeben, vielmehr ist er ebenso wie der Arbeitsvertrag auf den Austausch gegenseitiger Leistungen ausgerichtet.¹⁾ Sie stehen daher im Gegensatz zum Gesellschaftsvertrag, der die Vereinigung der gegenseitigen Leistungen zu einem gemeinsamen Zweck beinhaltet.²⁾ Das auch im Arbeitsverhältnis gegebene Zusammenwirken von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist keine spezifische Eigenart des Arbeitsverhältnisses; dieses Zusammenwirken ist vielmehr für alle Schuldverhältnisse charakteristisch, weil jeder der an ihnen beteiligten Personen glaubt, erst mit Hilfe des jeweils anderen Partners den von ihm verfolgten Zweck erreichen zu können.

Die von HUECK behauptete Parallelität von Gesellschafts- und Arbeitsvertrag könnte darauf beruhen, daß er das Arbeitsverhältnis als ein Rechtsverhältnis versteht, "das sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpft."³⁾ Wenn man das Wesen des Schuldverhältnisses in der Verpflichtung zu bestimmten einzelnen Leistungen erblicken würde, "so würden Gesellschafts- wie Arbeitsvertrag über den Begriff des schuldrechtlichen Vertrages hinausgehen, da sie ein Gesellschaftsverhältnis begründen, das zahlreiche, im einzelnen von vornherein nach Inhalt und Umfang noch nicht festzulegende Pflichten mit sich

1) vgl. oben S. 72

2) PALANDT-THOMAS § 705 BGB Anm. 2

3) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 129

bringt."¹⁾ Aber diese 'dem Gemeinschaftsverhältnis zugeschriebene Besonderheit findet sich nicht nur bei der Gesellschaft und beim Austauschverhältnis, sondern auch bei den auf "bloßen Austausch vermögenswerter"²⁾ Leistungen" gerichteten Austauschverhältnissen. Sie ist allen Schuldverhältnissen eigen.

Die von HUECK vorgenommene Gegenüberstellung der Schuldverhältnisse als bloß auf ein auf Leistung und Gegenleistung abstellendes Austauschverhältnis und Gemeinschaftsverhältnis ist keine Alternative.³⁾ Denn die neuere Schuldrechtsdogmatik versteht das Schuldverhältnis - ungeachtet dessen, daß jedes Schuldverhältnis einen eigenen Charakter hat⁴⁾ - als eine Rechtsbeziehung, die außer der Verpflichtung

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 132

HUECK fährt dort weiter fort:

"Aber das BGB, das Gesellschaftsvertrag und Arbeitsvertrag im Rahmen des Schuldrechts regelt, geht offenbar von einem weiteren Begriff des Schuldrechts aus und erblickt in der Begründung einer die Person erfassenden Gemeinschaft keinen Gegensatz zum Schuldvertrag. Es stellt, seinem individualistischen Charakter entsprechend, auch bei den Gemeinschaftsverträgen, die aus dem Gemeinschaftsverhältnis entspringenden einzelnen Ansprüche und Pflichten in den Vordergrund und rechnet sie deshalb zum Schuldrecht. Die heutige Auffassung legt den Schwerpunkt mehr auf die Begründung der Gemeinschaft, die dann erst die Grundlage für die einzelnen Ansprüche und Verpflichtungen abgibt."

2) so richtig:

HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

3) SCHWERTNER, a.a.O., S. 80

4) SCHWERTNER, a.a.O., S. 84

tung des jeweiligen Schuldners zu bestimmten einzelnen Leistungen (Leistungspflichten) umfassende sonstige Verhaltenspflichten enthält, deren näherer Inhalt nicht sogleich mit der Entstehung des Schuldverhältnisses festliegt, sondern sich erst im weiteren Verlauf mit Rücksicht auf die jeweilige Situation ergibt.¹⁾

Entgegen der Ansicht HUECK's erschöpfen sich die auf "bloßen Austausch vermögenswerter Leistungen" gerichteten Austauschverhältnisse nicht in bestimmten einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen.

Deshalb ist die Behauptung, der Arbeitsvertrag finde seine Parallele nicht im Kauf, sondern im Gesellschaftsvertrag, unzutreffend.

Vielmehr ist das Arbeitsverhältnis, ebenso wie der Kauf, die Miete und die Gesellschaft, ein Schuldverhältnis, aber im Gegensatz zur Gesellschaft ein Austauschverhältnis.

Als Ergebnis bleibt damit festzuhalten, daß das Arbeitsverhältnis weder ein personenrechtliches Verhältnis noch ein Gemeinschaftsverhältnis ist.

1) LARENZ, I, § 2 I, S. 10

3. Das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis
als unabdingbare Voraussetzung der Fürsorge- und
Treuepflicht - Darstellung und Kritik

Gegen die auch schon in der Literatur zum Ausdruck gebrachte Ablehnung der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis haben sich NIKISCH und HUECK gerade unter Hinweis auf die allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht gewehrt.

NIKISCH bestreitet die Berechtigung der erhobenen Einwände mit dem Argument, die Parteien des Arbeitsvertrages dürften sich nicht damit begnügen, die übernommenen Verpflichtungen "nach Treu und Glauben, § 242 BGB" zu erfüllen. Die darüber hinausgehende Fürsorge- und Treuepflicht ließe sich aber nur mit dem Bestehen eines Gemeinschaftsverhältnisses begründen.¹⁾ Zum Wesen des Arbeitsverhältnisses gehöre eine besondere gegenseitige Treuepflicht, die in dieser Ausprägung den vermögensrechtlichen Verhältnissen fremd, den familienrechtlichen Beziehungen aber eigentümlich sei²⁾, weil sie weit mehr als die gewissenhafte Erfüllung der übernommenen Einzelpflichtungen verlange.³⁾

Nach HUECK-NIPPERDEY⁴⁾ soll mit der Bezeichnung "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß sich das Arbeitsverhältnis nicht im bloßen Austausch vermögenswerter Leistungen, "von Lohn gegen Arbeit" erschöpfe, sondern daß es enge persönliche Beziehungen zwischen beiden Teilen begründe, aus denen sich für beide Parteien eine weit über den Grundsatz von Treu und

1) NIKISCH, a.a.O., S. 169

2) NIKISCH, a.a.O., S. 48

3) NIKISCH, a.a.O., S. 446

4) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

Glauben hinausgehende Treuepflicht ergebe. Diese Treuepflicht verpflichte den Arbeitnehmer zum Einsatz für die Interessen des Arbeitgebers und seines Betriebes und den Arbeitgeber zum Schutz und zur Fürsorge für den Arbeitnehmer("Fürsorgepflicht"). Wenn man den Ausdruck "personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis" vermeiden wolle, so könne man auch sagen, "das Arbeitsverhältnis sei ein über den Austausch von Arbeit und Lohn hinausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art, das die Beteiligten zur Treue und Fürsorge verpflichtet."¹⁾ Nach der Auffassung dieser Autoren ist das Bestehen der Fürsorge- und Treuepflicht als Besonderheit des Arbeitsverhältnisses anzusehen, durch die es sich von anderen Austauschverhältnissen unterscheidet.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Denn die beiderseitige Treuepflicht der Vertragspartner, die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken, ist von Literatur²⁾ und Rechtsprechung³⁾ bei allen Schuldverhältnissen anerkannt. Sie beruht auf der Vorschrift des § 242 BGB. Daß im Arbeitsverhältnis die Treuepflicht des Arbeitgebers als Fürsorge-

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131

2) PALANDT-HEINRICHS, § 242 BGB Anm. 4 B
PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 4
ENNECCERUS-LEHMANN, a.a.O., S. 19
MAVRIDIS, RdA 1956, 444 (447)
FIKENTSCHER, § 79 I 4 S. 465/466
LARENZ, II, § 52 II c S. 262 ff
SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., Vorbem. 18
vor § 611 BGB

3) RG Z 115, 35 (38)
RG Z 119, 332(334)
RG Z 129, 375(376)

pflicht bezeichnet wird, steht dem nicht entgegen. Denn nach der Auffassung HUECK's darf dies nicht dazu führen, der Fürsorgepflicht einen grundsätzlich anderen Charakter als der Treuepflicht des Arbeitnehmers beizulegen.¹⁾

Zudem wird auch im Dienstvertragsrecht die Existenz einer Fürsorge- und Treuepflicht anerkannt.

Demgegenüber führt NIKISCH folgendes aus:

"Wenn von anderer Seite bemerkt wird, daß die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht nichts anderes sei als die dem Wesen des Arbeitsverhältnisses angepaßte, aus § 2 4 2 B G B sich ergebende Verpflichtung, die Interessen der Gegenpartei angemessen zu berücksichtigen, so ist zweifellos richtig, daß die Anforderungen, die nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte an die Parteien zu stellen sind, wesentlich von der Art des Schuldverhältnisses und der Stellung der Parteien in ihm abhängen. Man kann deshalb auch auf diesem Wege zur Anerkennung besonderer Treue- und Fürsorgepflichten im Arbeitsverhältnis gelangen. Das setzt aber die Erkenntnis voraus, daß das Arbeitsverhältnis sich von dem auf Güteraustausch gerichteten Schuldverhältnis durch seinen Gemeinschaftscharakter und die sich daraus ergebenden personenrechtlichen Züge unterscheidet. Dieser Unterschied führt zu einer solchen Steigerung und Intensivierung der durch Treu und Glauben gebotenen Pflichten, daß es gerechtfertigt ist, sie in Anlehnung an andere personenrechtliche Verhältnisse als Treue- und Fürsorgepflichten besonders herauszuheben."²⁾

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 131
ebenso: NIKISCH, a.a.O., S. 446 und 470
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdz 173

2) NIKISCH, a.a.O., S. 390

Ähnlich argumentiert auch HUECK¹⁾:

"Wie im allgemeinen Schuldrecht Treu und Glauben gemäß § 242 BGB den Maßstab dafür bilden, wie die geschuldete Leistung zu erbringen ist, so übernimmt bei dem echten Gemeinschaftsverhältnis die Treuepflicht die entsprechende Funktion.....

Die gesetzliche Grundlage der Treue- und Fürsorgepflicht kann dann auch in § 242 BGB erblickt werden, wenn man sich klarmacht, daß das, was Treu und Glauben im Rahmen eines Rechtsverhältnisses verlangen, nach der Art des Rechtsverhältnisses sehr verschieden sein kann, daß die zu stellenden Anforderungen um so größer werden, je enger die Beziehungen der Beteiligten sind und daß sie deshalb beim personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis einen ganz besonders großen Umfang annehmen, den wir mit dem besonderen Ausdruck 'Treuepflicht' kennzeichnen können."²⁾

Hieraus ergibt sich, daß die Fürsorge- und Treuepflicht per definitionem nur ein besonderer Ausdruck für die auch für das Arbeitsverhältnis geltende allgemeine Pflicht ist, die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bewirken.³⁾

Die besondere Kennzeichnung der allgemeinen schuldrechtlichen "Treuepflicht" im Arbeitsverhältnis wird damit begründet, daß das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis sei und sich dadurch von den auf Güteraustausch gerichteten Schuldverhältnissen unterscheidet.

1) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 390

2) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 390

3) PALANDT-PUTZO, § 611 BGB, Anm. 4 c
HÜRHOLOZ, a.a.O., S. 56 ff
MAVRIDIS, a.a.O., S. 56 ff
LARENZ, II, § 52 II c, S. 262 ff
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB, Rdz 116

Auch diese Begründung ist nicht stichhaltig. Daß das Arbeitsverhältnis eben gerade kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis ist, ist oben aufgezeigt worden. Daher ist es auch nicht gerechtfertigt, die allgemeine schuldrechtliche "Treuepflicht" im Arbeitsrecht durch einen besonderen Ausdruck hervorzuheben.

Die Treue- und Fürsorgepflicht ist somit **k e i n e** Besonderheit des Arbeitsverhältnisses, durch die es sich vom Dienstverhältnis oder sonstigen Schuldverhältnissen unterscheidet.¹⁾

Dies wird auch deutlich, wenn man sich die Äußerungen der Befürworter der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zum Inhalt der Fürsorge- und Treuepflicht vergegenwärtigt.

NIKISCH²⁾ führt aus, daß die Treuepflicht den Arbeitnehmer verpflichte, "sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betriebe abträglich sein könnte." Andererseits verlange die Fürsorgepflicht vom Arbeitgeber, "bei allen seinen Maßnahmen, auch soweit er Rechte ausübt, auf das Wohl seiner Arbeitnehmer Bedacht zu nehmen."³⁾ Ähnlich sind auch die Äußerungen HUECK's.⁴⁾

Aber gerade die Wahrung der Interessen des Vertragspartners ist eine Pflicht, die in jedem Schuldverhältnis vorhanden ist. Sie wird durch § 242 BGB

1) Bis zur inhaltlichen Klärung der schuldrechtlichen "Treuepflicht" im Arbeitsverhältnis im nächsten Abschnitt soll zunächst die Terminologie der Fürsorgepflicht (für die Pflichten des Arbeitgebers) und Treuepflicht (Pflichten des Arbeitnehmers) beibehalten werden.

2) NIKISCH, a.a.O., S. 446

3) NIKISCH, a.a.O., S. 406

4) HUECK-NIPPERDEY, Grundriß, S. 90 ff.

normiert¹⁾ und als Schutz- und Erhaltungspflicht bezeichnet. Daß deren Intensität von Schuldverhältnis zu Schuldverhältnis unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann, ist allgemein anerkannt.²⁾

Als Ergebnis bleibt festzustellen, daß aus dem Arbeitsverhältnis keine besonderen Fürsorge- und Treuepflichten folgen, sondern - wie in anderen Schuldverhältnissen auch - für beide Parteien neben den Hauptleistungspflichten noch Nebenpflichten existieren. Auf diese soll im nächsten Abschnitt näher eingegangen werden.

-
- 1) BROX, Schuldrecht AT, Rdn 73
ROTHER, Grundsatzkommentar zum BGB - Allgemeines Schuldrecht, S. 13
MAVRIDIS, a.a.O., S. 447
SCHWERTNER, a.a.O., S. 91
SCHLÜTER/DUDENBOSTEL, Sanktionen des Arbeitgebers bei Störungen der Betriebsversammlung, DB 1974, 2473 (2474) führen aus, daß sich hinter dem Begriff "Treuepflicht" letztlich nichts anderes verberge als die Generalklausel von Treu und Glauben, bezogen auf die besondere Situation des Arbeitsverhältnisses.
- 2) SCHWERTNER, a.a.O., S. 81
SÖLLNER, Besprechung, AuR 1968, 242 (244)
außerdem die gesamte schuldrechtliche Literatur

E Die typischen Interessen der Arbeitsver- tragsparteien

Es ist in Rechtsprechung und Literatur ausnahmslos unbestritten, daß es neben der Lohnzahlungs- und Dienstleistungspflicht noch andere Pflichten der Arbeitsvertragsparteien gibt.¹⁾ Denn Schuldverhältnisse, zu denen - wie oben dargelegt - auch das Arbeitsverhältnis zählt, erschöpfen sich nicht in der Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolges. Sie stellen vielmehr eine vom "Grundsatz von Treu und Glauben beherrschte Sonderverbindung" dar.²⁾

Neben die Hauptpflichten treten noch sog. Nebenpflichten, "weitere Verhaltenspflichten"³⁾ oder auch "Schutzpflichten"⁴⁾ genannt. Diese haben die "ordentliche Erbringung"⁵⁾ der durch die Leistungspflichten bestimmten Leistung zum Ziel.

1) Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind nicht die neben den arbeitsvertraglichen Hauptpflichten (Arbeitsleistungs- und Vergütungspflicht) existierenden vertraglich vereinbarten Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis. Diese ergeben sich aus dem Einzelarbeitsvertrag, einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung und als gesetzlich vorgeschriebene vertragliche Pflichten aus den Arbeitnehmerschutzgesetzen im weiteren Sinn.

(vgl. hierzu: Hansjörg WEBER, Die Nebenpflichten des Arbeitgebers in: RdA 1980, 289 ff)

Hier sollen die "unbenannten Nebenpflichten" behandelt werden.

2) PALANDT-HEINRICHS, Einl. vor § 241 BGB, Anm. 1 e

3) PALANDT-HEINRICHS, Einl. vor § 241 BGB, Anm. 1 e

4) MEDICUS, Bürgerliches Recht, Rdn 208
ZÖLLNER, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1979, S. 142
SÖLLNER, AuR 1968, 242 (244)

5) MEDICUS, Rdn 208 ff

Der Umfang und der Inhalt der Nebenpflichten sind von dem jeweiligen Vertragsinhalt und Vertragszweck, der Verkehrssitte und den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs abhängig.¹⁾ Sind auch die Inhalte der einzelnen schuldrechtlichen Verträge noch so unterschiedlich, § 242 BGB normiert für sie alle, daß die Vertragspartner nicht nur ihre Rechte durchsetzen können, sondern daß sie Pflichten und Verantwortung gegenüber dem Vertragspartner haben,²⁾ daß sie die Interessen des jeweiligen anderen Vertragsbeteiligten wahren (Interessenwahrungspflichten).³⁾

Wie gerade angedeutet, können die Interessenwahrungspflichten (Schutzpflichten) je nach der Art des Schuldverhältnisses unterschiedlich intensiv ausgeprägt sein. Ihr Umfang und Inhalt ergibt sich aus dem jeweiligen Vertragsinhalt.⁴⁾

Diese Aussage scheint für den Arbeitsvertrag generell keine Klarheit zu bringen, denn es existieren die unterschiedlichsten Arbeitsverhältnisse. So sind der Umfang und auch der Inhalt der Interessenwahrungspflichten im Arbeitsverhältnis einer Haushälterin sicherlich anders als im Arbeitsverhältnis des Vorstandsvorsitzenden eines Großbetriebes. Obwohl die Arbeitsverhältnisse der Haushälterin und des Vorstandsvorsitzenden unterschiedlich sind, bezeichnet man sie doch beide zu Recht als Arbeitsverhältnisse. Dies geschieht deshalb, weil die von den beiden Parteien vertraglich eingegangenen Hauptpflichten typisch arbeitsrechtlich sind. Es existiert also etwas Typisches, was es erlaubt, vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu sprechen.

1) PALANDT-HEINRICHS, Einl. vor § 241 BGB, Anm. 1 e

2) PALANDT-HEINRICHS, § 242 BGB Anm. 1 c

3) statt aller: BROX, Schuldrecht AT, Rdn 73
ROTHER, BGB, Allgemeines Schuldrecht, S. 13
WEBER, RdA 1980, 289 (297) spricht hier von
"Erfüllungsnebenpflicht".

4) vgl. SÖLLNER, AuR 1968, 242 (244)

Ebenso wie es typisch arbeitsrechtliche Hauptpflichten gibt, existieren auch typisch arbeitsrechtliche Nebenpflichten, die sich - wie oben gesagt - aus dem jeweiligen Vertragsinhalt ergeben.

Oben wurde gesagt, daß zu den durch § 242 BGB normierten Nebenpflichten die Wahrung der Interessen der Vertragspartner gehört.

Im folgenden soll nun untersucht werden, wie die Interessen der Vertragspartner des Arbeitsvertrages gelagert sind.

Da in den einzelnen Arbeitsverhältnissen unterschiedliche Interessenlagen bestehen¹⁾, kann es also nur darum gehen, die typische Interessenlage im Arbeitsverhältnis zu ermitteln.

Diese Untersuchung soll unter Zuhilfenahme der "Typus-Lehre" vorgenommen werden.

Zuvor seien noch einige Anmerkungen zur Typus-Lehre vorangestellt.

I Die Typus-Lehre

LEENEN hat in seiner Schrift "Typus und Rechtsfindung" nachgewiesen, daß die Schuldverträge des BGB "an Typen orientierte Regelungen"²⁾ und keine begrifflichen Bestimmungen darstellen.³⁾

Der Unterschied von Begriff und Typus liegt grundsätzlich darin, daß die den Typus "kennzeichnenden Züge..... wenigstens zum Teil.....in unterschiedlichen Stärkegraden auftreten und bis zu einem ge-

1) s.o. S. 103 das Beispiel von der Haushälterin und dem Vorstandsvorsitzenden

2) LEENEN, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 133

3) vgl. auch LARENZ, Methodenlehre, S. 188 ff
HERSCHEL, Die typologischen Methoden und das Arbeitsrecht in: Festschrift KUNZE, S. 236 ff
KÄSSER, Der fehlerhafte Arbeitsvertrag, S. 39

wissen Grade sich wechselseitig vertreten können."¹⁾
Das "Typische" an dem zu untersuchenden Schuldverhältnis läßt sich zunächst einmal nur in Abgrenzung zu anderen gesetzlich normierten schuldrechtlichen Typen gewinnen.

Man geht also stets vom normativen Typ aus.

Dabei besteht in der Typus-Lehre Einigkeit darüber, daß man von dem im Recht vorfindbaren Typus und nicht etwa von dem dem Gesetzgeber als Regelungsgegenstand erscheinenden empirischen, sozialen Lebenstypus ausgeht.²⁾

Zwar sind normativer und empirischer Typus zwei voneinander methodisch klar zu unterscheidende Größen. Sie stehen aber dennoch nicht beziehungslos nebeneinander. Denn abgesehen davon, daß der Gesetzgeber durch legislativen Eingriff den normativen Typus ändern kann, wird dieser auch durch das "Hereinbrechen" des empirischen Typus in den normativen Bereich beeinflußt. Dies geschieht allerdings nur insoweit, wie der empirische Typus die dem Gesetz unausgesprochen zugrundeliegenden Wertungen zu beeinflussen vermag.³⁾

Die inhaltliche Änderung, Ausdehnung oder Einschränkung der in der Gesamtbetrachtung maßgeblichen Normen hat auch immer Auswirkungen auf den Vertragstyp.⁴⁾

1) LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 289

2) LARENZ, Methodenlehre, S. 200 ff
LEENEN, S. 17
WOLFF, Hans-Julius, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: Studium generale, 52, 195 (200)

3) LEENEN, S. 179

4) Zur Typengewinnung durch Gesamtbetrachtung, vgl.:
LEENEN, S. 177 ff

Nun sind die schuldrechtlichen Vertragstypen aber keine "geschlossenen Typen"¹⁾ in dem Sinne, daß nun ausschließlich aus der jeweiligen "Einleitungsnorm" - im Arbeitsverhältnis also § 611 BGB - der entsprechende Typus zu entnehmen wäre.²⁾

Einzubeziehen sind vielmehr auch die grundsätzlichen, nach der Normierung des BGB erlassenen Regelungen.

Für den Arbeitsvertrag, der einer großen Anzahl von Normen außerhalb des BGB unterworfen ist, bedeutet dies die Berücksichtigung des gesamten Regelungskomplexes bei der Typusfindung.

Wie oben bereits angedeutet, werden unter dem Typus des Schuldverhältnisses gewöhnlicherweise die Hauptleistungspflichten konkretisiert. Daneben läßt sich der Typus eines Schuldvertrages noch unter dem Gesichtspunkt der "typischen Interessenlage" konkretisieren.

Diese Art der Typisierung klang schon früher an, ohne jedoch für die Rechtsfindung selbstständig nutzbar gemacht zu werden.³⁾

Unbestritten äußern sich in jedem Schuldvertrag die Interessen der beteiligten Parteien in jeweils ganz typischer Weise.

Es ist anerkannt, daß sich Typenreihen von entgeltlichen zu unentgeltlichen Verträgen, vom Kauf zur Miete und Schenkung, vom Dienst- zum Werkvertrag

1) LEENEN, S. 170 ff

2) Träfe dies jedoch zu, wäre der - berechnete - Vorwurf der Kritiker der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis verfehlt, die ja den Verfechtern dieser Lehre gerade vorwerfen, sie würden - wie Otto v. GIERKE - nur das Arbeitsverhältnis des in das Haus des Prinzipals aufgenommenen Gesindes als typisch ansehen.

3) so bei HUECK, Treuegedanke, S. 12
CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 481 ff

bilden lassen.¹⁾

Ebenso lassen sich Typenreihen der jeweiligen Interessenlagen bilden.²⁾

So stehen sich beim Wohnungsmietvertrag die Interessen des Mieters an gesichertem Lebensraum und die des Vermieters an langfristiger Erhaltung des Immobilieneigentums gegenüber.

Bei der Schenkung werden die Interessen von einer vertrauensvollen Beziehung bestimmt, wie in den §§ 519, 521, 523, 528, 530, 534 BGB zum Ausdruck kommt.

Aus diesen Beispielen läßt sich die allgemeine Feststellung ableiten, daß bei jeder Vertragsart eine für sie spezifische und sie konstituierende Interessenlage vorliegt.³⁾

Die Interessenlage kann sich nach Umfang und Kompliziertheit ihrer Struktur ganz verschieden darstellen.

1) zur Typenreihe allgemein:

LARENZ, Methodenlehre, S. 454 ff

2) KÄSSER, a.a.O., S. 41

3) CHARMATZ, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht, S. 348, meint, daß nur in den Regelungen des Dienst- und des Mietvertrages vom Gesetzgeber eine über den mutmaßlichen Parteiwillen hinausgehende Interessenwertung vorgenommen worden sei. Hierzu ist zu sagen, daß entgegen der Auffassung von CHARMATZ nicht der "Parteiwille" - in den nicht alles hineininterpretiert werden kann - , sondern auch die jeweilige objektive Interessenlage typisch ist. Dies kommt in allen Schuldverhältnissen des BGB deutlich zum Ausdruck. Aus diesem Grunde geht auch die Aufforderung von CHARMATZ an den Gesetzgeber fehl, das Schuldrecht entsprechend den "im Rechtsverkehr aufkommenden Interessenlagen" zu ändern. Mit dieser Betrachtung reduziert er die Bedeutung des normativen Typus auf reine Hauptpflichten.

So wird z.B. bei der Wohnungsmiete eine relativ interessenvielschichtige Struktur sichtbar. Dies ist besonders im Vergleich mit dem Kaufvertrage deutlich. Die Abwicklung des Kaufvertrages zeichnet sich durch ein Minimum an "eingebrachten Interessen" aus: Der Austausch von Ware gegen Geld ist einer der einfachsten Vorgänge im Rechtsleben. Den Vertragsteilen liegt an einem angemessenen Äquivalent von Ware und Preis - was aber im wesentlichen ihrem eigenen Verhandlungsgeschick obliegt - und im übrigen an reibungsloser Erfüllung der Hauptleistungspflichten. Dies alles ist in Geld wägbare.

Störungen im Vertragsgefüge sind durch Zahlung von Schadensersatz oder Wegfall eines Anspruchs relativ leicht auszugleichen. Dagegen wird die Interessenlage bereits bei einem Sukzessivlieferungsvertrag wieder komplizierter.

Aus diesen Vorbemerkungen ergibt sich, daß die typische Interessenlage im Arbeitsverhältnis nur unter Berücksichtigung der Art der Hauptleistungen, den Umständen ihrer Erbringung und allen den Arbeitsvertrag betreffenden Regelungen ermittelt werden kann. Quasi als Selbstverständlichkeit folgt daraus, daß nicht alle Arbeitsverträge auf einen etwaigen Gehalt an spezifischen Interessen untersucht werden können. Nun bedeutet die Untersuchung der "typischen Interessenlage" im Arbeitsvertrag nichts anderes als die Ermittlung, was und wieviel die typischen Vertragspartner aus ihrem eigenen Rechtskreis in dieses Vertragsverhältnis investieren.¹⁾

Konkret heißt dies, daß es um die Bedeutung geht, die der Arbeitsvertrag für die wirtschaftliche und/oder persönliche Existenz der beiden Vertrags-

1) CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 481 FN 36, spricht insofern von "freiwilliger Interessenexponierung".

parteien im Arbeitsverhältnis hat.

Bei der folgenden Untersuchung können manche Argumente aufgegriffen werden, die herkömmlicherweise zur "Rechtsnatur des Arbeitsvertrages" vorgebracht werden.

Dies ist auch natürlich, weil aufgezeigt werden soll, daß hier eigentlich die typische Interessenlage beschrieben werden muß.

II Die Ermittlung der typischen Interessenlage im Arbeitsverhältnis anhand der Typus-Lehre

Die Interessenlage der beiden Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis wird durch mehrere Merkmale konstituiert.

1. Die Existenzgrundlage

Heute wird nicht mehr ernsthaft bestritten, daß der Arbeitsvertrag dasjenige Vertragsverhältnis ist, durch das regelmäßig die wirtschaftliche Existenzgrundlage spezifisch des Arbeitnehmers begründet wird.¹⁾

Bezüglich der Vertragspartei Arbeitnehmer ergibt sich quasi eine "Binsenwahrheit": Der Mensch ver-

1) FARTHMAN, S. 8, läßt ihn anklingen.
NIKISCH, Faktische Arbeitsverhältnisse, S. 96, setzt die wirtschaftliche und soziale Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Beteiligten so hoch an, daß er daraus dessen Bestehen trotz Nichtigkeit des Vertrages folgert.
CANARIS, Vertrauenshaftung, S. 386, weist darauf hin, daß sich der "Lebenszuschnitt" des Arbeitnehmers maßgeblich und dauerhaft nach dem Arbeitsverhältnis richtet.
Auch PINTHER, S. 229, 230, spricht von dem Arbeitsverhältnis als Existenzgrundlage des Menschen.
WIEDEMANN, a.a.O., S. 15

dient sich seinen Lebensunterhalt durch Arbeit und daher resultiert dieses die Interessenlage konstituierende Element primär aus der Art der Leistung. Wer sich in einem Arbeitsvertrag zur Arbeit verpflichtet, tut dies nicht als selbstständiger Unternehmer, sondern "für" einen Arbeitgeber. Damit basiert auf diesem Vertrag aber seine gesamte wirtschaftliche Existenz, ebenso wie ein Großteil der Umstände seines Privatlebens.

Der Arbeitsvertrag ist auch derjenige Vertragstyp im Schuldrecht, bei dem diese Bedeutung der Existenzgrundlage am stärksten verwirklicht ist: Ein Arbeitnehmer geht in der Regel nur einen solchen Vertrag ein, von dem dann seine ganze Existenz abhängt.

Dies wird deutlich im Vergleich mit Rechtsanwälten, Ärzten oder selbstständigen Handwerkern. Diese schaffen sich zwar auch durch ihren Beruf ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage. Jedoch geschieht dies durch den Abschluß und die Durchführung einer großen Vielzahl von Dienst- bzw Werkverträgen, die einzeln für die Existenzgrundlage folglich nur eine eingeschränkte Bedeutung haben.

Dieser Gedanke der Sicherung der Existenzgrundlage liegt auch vielen Normen unserer Rechtsordnung zugrunde. Darauf deuten nicht nur die von RAMM¹⁾ zitierten Verfassungsnormen hin. Auch der gesamte Komplex des Kündigungsschutzes ist weitgehend eine Verwirklichung der existentiellen persönlichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers. Dafür sprechen auch die dem allgemeinen Dienstvertrag gegenüber verlängerten Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse (§§ 621 ff BGB); ebenso die unterschiedliche Regelung der außerordentlichen Kündigung

1) RAMM, S. 33

in §§ 626 und 627 BGB.

Neben vielen sozial- und gesellschaftspolitischen Zielen dient auch das geltende System der Arbeitslosenversicherung dem Gedanken der Sicherung der Existenzgrundlage durch Arbeitsvertrag. Indem es an ein nicht mehr bestehendes Arbeitsverhältnis anknüpft, sichert es dem Arbeitnehmer über die Vertragsdauer hinaus die wirtschaftliche Lebensgrundlage.

Aber nicht nur die Interessen der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers, sondern auch die des Arbeitgebers sind im Arbeitsvertrag exponiert, auch wenn nicht zu verkennen ist, daß ein außerordentlich gradueller Unterschied besteht.

Die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers hängt letztlich genauso vom Ergebnis der - nicht von ihm selbst, sondern gerade vom Arbeitnehmer - geleisteten Arbeit ab.

Dieses Interesse des Arbeitgebers manifestiert sich "nur in der Gesamtheit" aller von ihm eingegangenen Verträge; demzufolge ist es, was den einzelnen Arbeitsvertrag betrifft, abgeschwächt.

Daß die Existenzverwirklichung des Arbeitgebers vom einzelnen Vertrag weniger abhängig ist, liegt vornehmlich an der prinzipiellen Austauschbarkeit von Arbeitskräften.

Aber auch das Gegenteil kann einmal der Fall sein. Dies wird deutlich, wenn man an hochqualifizierte Fach- oder Führungskräfte oder Arbeitnehmer mit besonders schwer ersetzbaren Erfahrungen oder an die Zeiten eines leergefegten Arbeitsmarktes denkt.

Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, daß im Arbeitsvertrag als erstes charakteristisches Element die Interessen der persönlichen und wirtschaftlichen Existenzgrundlage beider Parteien in gegenüber anderen Verträgen typisch starker Weise

hervortreten.

Dies ergibt sich aus der Natur der Leistung und spiegelt sich in einer Reihe von Vorschriften des geltenden Rechts wider.

In der Regel ist die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers essentiell betroffen, während die des Arbeitgebers nur in Ausnahmefällen wesentlich von einem speziellen Arbeitsvertrag berührt wird.

2. Der Einsatz der Person

Mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung in dem vom Arbeitgeber organisierten und beherrschten Betrieb.

Der Arbeitnehmer leistet unter Einsatz seiner Person, im Gegensatz z.B. zum Vermieter oder dem stillen Gesellschafter, die ihre vertraglich geschuldete Leistung durch Einsatz des Vermögens erbringen. Es wurde schon festgestellt,¹⁾ daß eine derartige Personenbezogenheit deshalb kein Spezifikum des Arbeitsverhältnisses ist, weil sich eine solche auch bei sonstigen schuldrechtlichen Tätigkeitsverträgen - vor allem beim unabhängigen Dienstvertrag - findet.

Tatsache ist aber, daß der Arbeitnehmer keine selbstständige, sondern fremdbestimmte Leistung zu erbringen verspricht. § 84 I 2 HGB enthält zwei Merkmale der "Selbständigkeit". Demnach ist selbstständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Beides trifft auf den Arbeitnehmer n i c h t zu.

Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung. Der Arbeitgeber erhält

1) siehe oben S. 80 ff

also mit Hilfe des privatrechtlichen Arbeitsvertrages die Verfügungsgewalt über die - von der Person des Arbeitnehmers untrennbare - Arbeitskraft.¹⁾

Mit der Eingliederung in den für den Arbeitnehmer fremden Wirtschaftsorganismus (Betrieb) verliert dieser die Möglichkeit, seine Tätigkeit frei zu gestalten und seine Arbeitszeit zu bestimmen: Der Arbeitnehmer unterliegt dem Weisungsrecht des Arbeitgebers.

Die Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Bestimmungsrechte des Arbeitgebers ist "typusbildende Realität."²⁾

Der Arbeitgeber bestimmt das "Wie" und - im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften - auch das Ausmaß der zu erbringenden Arbeitsleistung.³⁾

Man kann also mit WIEDEMANN⁴⁾ sagen, daß der Arbeitnehmer sich für die Dauer des Arbeitsverhältnisses und somit praktisch für sein ganzes Leben - da, wie oben ausgeführt, die Eingehung des Arbeitsvertrages seine Existenzgrundlage bildet - der wirtschaftlichen

1) vgl. BALLERSTEDT , S. 8

2) ZÖLLNER, S. 105

3) Daß es hiervon Ausnahmen gibt, z.B. bei Eigengruppen (vgl. hierzu RÜTHERS, Rechtsprobleme der Arbeit in Betriebsgruppen, S. 77), hochqualifizierten Mitarbeitern (HERSCHEL, RdA 1956, 161, 163) oder den Arbeitnehmern, die zwecks Erfüllung der ihnen vom Gesetzgeber zugedachten besonderen Funktionen einen gegen Weisungen des Arbeitgebers abgeschirmten Freiraum, wie z.B. die Sicherheitsbeauftragten aufgrund des § 21 StrahlenschutzVO, haben, ändert hieran nichts. Denn bei der Ermittlung der typischen Interessenlage kann es nur um die Betrachtung der "typischen" Arbeitsverhältnisse gehen, also nur um die Arbeitsverhältnisse der überwiegenden Mehrzahl der Arbeitnehmer.

4) WIEDEMANN, S. 15

Dispositionsfreiheit und der damit verbundenen Gewinnchancen begibt. Er stellt seine Arbeitskraft, Fähigkeiten, Phantasie und Initiative zusammengebündelt als eine einzige fachliche Leistung einem von anderen Personen geleiteten Wirtschaftsorganismus zur Verfügung und hört damit auf, sein "eigener Herr" zu sein.¹⁾

BALLERSTEDT²⁾ betont, nicht so sehr das "in den Dienst treten" und der dadurch bedingte Verlust der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit sei entscheidend, sondern vielmehr die Tatsache, daß der Arbeitnehmer "seine Zeit" für die Zwecke des anderen Vertragsteils zur Verfügung stelle.

BALLERSTEDT³⁾ kommt aber zum gleichen Ergebnis wie WIEDEMANN: Der Arbeitnehmer begeben sich mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages eines großen Stückes seiner Persönlichkeitssphäre⁴⁾, während dies alles für die Person des Arbeitgebers nicht gilt.

Nach dem bisher Gesagten sind die "Existenzgrundlage" und der "Einsatz der Person" die die Interessenlage konstituierenden Merkmale. Es hat sich gezeigt, daß bei weitem mehr und essentiellere Interessen auf Seiten des Arbeitnehmers tangiert sind. Ließ sich noch eine gewisse Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Existenzgrundlage des Arbeitgebers nachweisen, so war dies im zweiten Punkt - dem Einsatz der Person - überhaupt nicht mehr der Fall.

Die sich aus dem Einsatz der Person ergebende Interessensituation berührt allein den Arbeitnehmer.

1) WIEDEMANN, S. 15
zustimmend: SCHWARZ, Dauerschuldverhältnisse und
Dogmatik arbeitsvertraglicher Treuepflicht in:
Festschrift WILBURG, S. 358

2) BALLERSTEDT, S. 8

3) BALLERSTEDT, S. 8

4) so auch PINTHER, S. 229/230
FARTHMAN, S. 7

3. Die Auswirkung der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis auf die typische Interessenlage

Wie auf Seite 73 ausgeführt, ist das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis.

Es ist auf unbeschränkte Dauer angelegt. Für die typische Interessenlage bedeutet dies eine Erstreckung in zeitlicher Dimension: Der Zeitfaktor bestimmt wesentlich, in welcher Stärke die oben aufgeführten Elemente die Interessenlage bilden. So ist die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses als Existenzgrundlage für den Arbeitnehmer relativ gering, zumindest nur vorübergehend wichtig, wenn er nur ein auf kurze Zeit befristetes Arbeitsverhältnis eingeht, sie kann aber ein außerordentliches Maß annehmen nach jahrzehntelanger Dauer, bei Alter oder Gebrechlichkeit des Arbeitnehmers etc.

Hier ist übrigens in gleicher Weise ein starker Einfluß des Zeitfaktors auch auf Seiten des Arbeitgebers zu verzeichnen: Der besonders erfahrene oder hochqualifizierte Arbeitnehmer wird für die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers mit zunehmender Dauer des Vertrages ebenso wesentlicher wie unersetzlicher. Auch für das zweite Element, den Einsatz der Person des Arbeitnehmers, läßt sich eine solche Abhängigkeit von der intendierten oder abgelaufenen Dauer des Vertrages feststellen.

Aber diese Feststellungen sind im Grunde nichts anderes als die Ausprägung eines ganz selbstverständlichen, völlig allgemeinen und von juristischer Lehre unabhängigen Satzes, daß sich nämlich Zustände durch Zeitablauf verfestigen.

So ist denn im vorliegenden Zusammenhang die Dauer eines Vertrages kein primär bestimmender Faktor. Sie wirkt vielmehr nur sekundär auf die Elemente ein,

die im eigentlichen Sinn die Interessenlage ausmachen.

Daraus folgt zugleich, daß die Dauer des Vertrages gänzlich ungeeignet ist, selbständig bestimmte Rechtsfolgen zu rechtfertigen.

III Die Pflichten des Arbeitgebers neben der Vergütungspflicht

Durch die soeben herausgearbeiteten Punkte wird die oben auf S. 9 getroffene Feststellung bestätigt: Die durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit normierte Gleichberechtigung der Arbeitsvertragsparteien gleicht einer rechtlichen Fiktion. Denn in Wirklichkeit führt dieser Grundsatz zu einer starken "materiellen Ungleichheit im Arbeitsvertrag zu Ungunsten des Arbeitnehmers".¹⁾

Das soziale Machtgefälle basiert auf zwei Gegebenheiten:

Zum ersten besteht für den Arbeitnehmer eine wirtschaftliche Unterlegenheit. Denn die Existenzgrundlage des Arbeitgebers hängt weit weniger vom Arbeitsvertrag ab als die des Arbeitnehmers. Zudem erfüllt der Arbeitnehmer den Vertrag mit dem "Einsatz seiner Person" und ist in der Regel der geschäftlich und organisatorisch weniger gewandte und erfahrene Vertragspartner.

1) DERSCH, RdA 1949, 325 (327): "Es besteht ein soziales Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer."
KRAMER, S. 28
KEMPF, DB 1979, 790, 791: Der Arbeitsvertrag "befindet sich nicht im rechtlichen Gleichgewicht."
BALLERSTEDT, S. 8
ebenso RAMM, S. 30

Zum zweiten ergibt sich aus der Fremdbestimmtheit der Arbeit und aus der "Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Organisationsgewalt des Arbeitgebers"¹⁾ für diesen die Möglichkeit, das Leben, die Gesundheit und Sittlichkeit sowie ganz allgemein die Persönlichkeit des Arbeitnehmers "schwersten Gefährdungen auszusetzen."²⁾

Vor diesen möglichen Gefahren bedarf der Arbeitnehmer des Schutzes. Dies ist allgemein anerkannt und hat zur Herausbildung des sog. sozialen oder arbeitsrechtlichen Schutzprinzips³⁾ geführt. Es hat zum Inhalt, die Organisationsgewalt (oder Leitungsmacht) des Arbeitgebers insoweit einzuschränken, wie es zum Schutz des Arbeitnehmers erforderlich ist.

"Der Schutz des Arbeitnehmers gegen Gefahren für sein Eigentum, weiterhin die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitsplatz, den Arbeitsablauf und die Arbeitsumgebung so zu gestalten, daß sie den arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit entsprechen, sind für die Entfaltung der Persönlichkeit im Betriebe von grundlegender Bedeutung."⁴⁾

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ist auch die rechtspolitische Ratio vieler arbeitsrechtlicher Gesetze, wie man überhaupt sagen kann, daß das Arbeitsrecht funktionell Arbeitsschutzrecht ist.⁵⁾

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ist das Leitbild einzelner zwingender Schutzgesetze (Arbeitsschutzgesetze, Arbeitszeitverordnungen, Urlaubsregelungen),

1) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 60

2) KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, 1975, S. 28

3) DERSCH, RdA 1949, 325 (326)

4) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 60

5) KEMPF, DM 1979, 791

kollektivrechtlicher Regelungen oder Bestimmungen des Betriebsverfassungsrechts, die vor allem ein Mitspracherecht des Betriebsrates garantieren. Damit erweisen sich innerbetriebliche Mitbestimmung und die Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers in ihrer politischen Zielsetzung - "Beschränkung des Regelungsbereiches der Leitungsmacht des Arbeitgebers"¹⁾ - als funktionell äquivalente, wenn auch in ihren Methoden unterschiedlich ansetzende Rechtsgedanken.²⁾

Aber nicht alle möglichen Gefährdungen der Interessen des Arbeitnehmers können legislativ erfaßt werden. Daher erscheint es geboten, die Generalklausel des § 242 BGB *w e i t e r h i n* auch für die Auslegung der Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers beizubehalten.

Es kann abschließend gesagt werden, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip die dem Arbeitgeber nach § 242 BGB obliegende Pflicht zur Wahrung der Interessen des Arbeitnehmers konkretisiert.

IV Die Pflichten des Arbeitnehmers neben der Arbeitsleistung

Bei der Untersuchung der typischen Interessenlage im Arbeitsverhältnis wurde festgestellt, daß der Arbeitgeber, anders als der Arbeitnehmer, nicht nur mit seiner "ganzen Person", sondern "nur" im Rahmen seiner Betriebstätigkeit am Vollzug des Arbeitsverhältnisses beteiligt ist. Durch diese Betriebstätigkeit wird ein Tätigkeitsbereich geschaffen, der als Kern

1) BIRK, Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht, S. 111 ff

2) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 60

KRAMER, S. 28

MÜLLER, Gerhard, Rechtspolitische Gedanken zum Betriebsverfassungsrecht (Teil II), DB 1970, 1076 (1078)

eines Unternehmens bezeichnet werden kann.¹⁾

Mit diesem Kern sind regelmäßige Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten verbunden. Im Mittelpunkt desselben stehen Kundschaft und Absatzgelegenheit, ferner die Bezugsquellen, die innere Ordnung des Betriebes (Produktionsablauf, Arbeitsorganisation etc) und die Geschäftsführung (Chancen, "know how").²⁾

Der Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsbeitrag innerhalb einer komplexen, ihm fremden Organisationseinheit erbringt, hat also die Verpflichtung, auf deren Funktionsfähigkeit Rücksicht zu nehmen. Dies beinhaltet z.B., daß er keine Geschäftsgeheimnisse verrät oder daß er drohende Schäden (z.B. an Maschinen) abwendet. Diese Handlungs- und Unterlassungspflichten³⁾ stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Hauptpflicht des Arbeitnehmers, der Arbeitsleistungspflicht. Die Erfüllung dieser Pflicht ist aber nur dann ge-

1) SCHWARZ, Dauerschuldverhältnis und Dogmatik arbeitsvertraglicher Treuepflicht, S. 364

2) v.GIERKE, Julius, Handels- und Schiffahrtsrecht, S. 71 ff

Mit der Dienstleistungspflicht ist notwendigerweise verbunden, daß der Arbeitnehmer diesen Tätigkeitsbereich kennenlernt und "durchforscht" (SCHWARZ, Dauerschuldverhältnis, S. 364)

Nach SCHWARZ/HOLZER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers, S. 41 ff, ist die potentielle Sicherung betrieblicher Arbeitskraft ein wesentlicher Faktor des unternehmerischen Tätigkeitsbereiches. Da die Dienstleistung des Arbeitnehmers für einen anderen - den Arbeitgeber - zu erfolgen hat und in diesem Tätigkeitsbereich aufgehe, ergebe sich die Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Organisationswerte des Unternehmens nicht zum eigenen Nutzen zu verwenden bzw. dieselben nicht zu gefährden oder zu beeinträchtigen. (SCHWARZ/HOLZER S. 41)

3) Sie werden im einzelnen noch unten im nächsten Kapitel F untersucht.

währleistet, wenn der Betrieb (Organisationseinheit) in vollem Umfang aufrecht erhalten bleibt. Somit stellen die Handlungs- und Unterlassungspflichten des Arbeitnehmers nichts anderes dar, als die Verpflichtung jedes Partners in jedem Schuldverhältnis, nämlich die Erfüllung des Vertrages im weitesten Sinn nicht zu beeinträchtigen. Bei diesen Nebenpflichten des Arbeitnehmers¹⁾ geht es also nicht darum, daß er alles zu unterlassen habe, was die Interessen seines Arbeitgebers schädigt²⁾, sondern es geht allein um "dienstliche Korrektheit",³⁾ um Erfüllung des eingegangenen Arbeitsvertrages nach Treu und Glauben.⁴⁾

Wie oben⁵⁾ schon angeklungen, ist die Intensität dieser Interessenwahrungspflichten des Arbeitnehmers je nach Art des Arbeitsverhältnisses unterschiedlich. Die Interessenwahrungspflichten des Arbeitnehmers unterscheiden sich aber nach alledem nicht von denjenigen Pflichten, die in anderen Schuldverhältnissen existieren.⁶⁾

Als Ergebnis steht damit fest, daß sich die den Arbeitsvertragsparteien obliegenden Interessenwahrungspflichten qualitativ nicht von denen in anderen Schuldverhältnissen unterscheiden. Unterschiede bestehen höchstens hinsichtlich der Intensität der Interessenwahrungspflichten.

Auch der von der Arbeitsgesetzbuchkommission im September 1977 vorgelegte "Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches - Allgemeines Arbeitsvertragsrecht" ver-

1) so auch BAG, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972

2) so NIKISCH, S. 446

3) KRAMER, S. 41

4) vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972

5) S. 103

6) BAG, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972

meidet die Termini Fürsorgepflicht und Treuepflicht und spricht im fünften Unterabschnitt von der Wahrung schutzwürdiger Interessen.¹⁾

F Die konkrete Bedeutung der Fürsorge- und Treuepflicht im heutigen Arbeitsrecht anhand besonderer, ausgewählter Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien

Steht als Ergebnis nunmehr fest, daß die Interessenwahrungspflichten (Fürsorge- und Treuepflicht) "normaler" Bestandteil des schuldrechtlichen Arbeitsverhältnisses sind und nicht auf einer "wechselseitigen Treuepflicht" beruhen, soll im folgenden untersucht werden, ob auch heute noch das herkömmliche Institut der Fürsorge- und Treuepflicht ein taugliches Instrument zur dogmatischen Herleitung bestimmter arbeitsrechtlicher Rechtsfiguren darstellt, mit anderen Worten, ob die Fürsorge- und Treuepflicht heute noch dogmatische Basis für bestimmte arbeitsrechtliche Institute sein kann.

Es würde den Rahmen der Untersuchung sprengen, wenn hier eine erschöpfende Bestandsaufnahme der Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und der Treuepflichten des Arbeitnehmers versucht werden würde.²⁾

Anzumerken ist, daß die - oben dargestellte - Kritik an der dogmatischen Qualifizierung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis in Rechtsprechung und Literatur nicht ohne Folgen geblieben ist.

1) Im weiteren Verlauf der Arbeit wird - vor allem im beamtenrechtlichen Teil - aber noch oft von einer Treue- und Fürsorgepflicht gesprochen werden. Dies ändert aber, wie sich noch zeigen wird, an den soeben getroffenen Feststellungen nichts.

2) Insofern sei auf die auch für den bundesdeutschen Rechtskreis interessante Untersuchung KRAMER's, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung, verwiesen.

So ist mit RICHARDI¹⁾ festzustellen, daß dank der geübten Kritik die Fürsorge- und Treuepflicht aus der Lehrbuchliteratur der neuen Zeit verschwindet.

Auch das BAG nimmt weitgehend von der Begründung aus der Fürsorgepflicht Abschied oder hält die Fürsorgepflicht nicht mehr für ausreichend, um den Problemlösungen in den Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehungen - gerecht zu werden.²⁾

I Die mit der Fürsorgepflicht begründeten Rechte des Arbeitnehmers

Im folgenden soll diese Tendenz zunächst bezüglich der Fürsorgepflicht (Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers) und anschließend bezüglich der Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers) an Beispielen verdeutlicht werden.

1) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 55

2) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 61

BAG, AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 (Urteil vom 22.8.1974): "Die mit der Kurzfassung 'Treuepflicht' umschriebene Pflicht des Arbeitnehmers, auf die Belange des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen, insbesondere diesem keinen Schaden zuzufügen...(ist) eine vertragliche Nebenpflicht, die sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben ergibt, und die nicht auf das Arbeitsverhältnis beschränkt ist, sondern auch im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse besteht".

1. Das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers bei
sog. gefahr- oder schadensgeneigter Arbeit

Der Arbeitnehmer unterliegt als Partner des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages der Haftungsregelung des BGB. Verursacht er an Rechtsgütern seines Arbeitgebers bei der Verrichtung der ihm übertragenen Aufgaben schuldhaft einen Schaden, so hat er diesen grundsätzlich nach den Regeln über die sog. positive Forderungsverletzung und der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff BGB) entsprechend dem in § 249 BGB verankerten Totalrestitutionsprinzip zu ersetzen.¹⁾

Dies gilt auch für den Fall, daß der Schaden nur durch eine leicht fahrlässige Handlung verursacht wurde. Eine Minderung kann sich nur bei dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 254 BGB ergeben. Diese von der individualistisch-liberalen Einstellung der Schöpfer des BGB ²⁾ herrührenden Wertungen des bürgerlichen Haftungssystems tragen den Besonderheiten des Arbeitsrechts nur unzureichend Rechnung und haben sich gegenüber den Veränderungen im sozialen, technischen und wirtschaftlichen Bereich im Laufe des 20. Jahrhunderts als nicht mehr sachgerecht erwiesen.³⁾ In der heutigen hochtechnisierten

1) PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm. 14

ZÖLLNER, S. 167

GICK, Die Grundsätze der Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit in: JuS 1980, 393

2) Diese haben ausweislich der Protokolle (Prot. II, 2725) das "Alles-oder-Nichts"-Prinzip im Interesse des Geschädigten bei der Verschuldenshaftung voll durchgeführt.

3) ZÖLLNER, S. 167

CANARIS, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit im fremden Interesse, in:

RdA 1966, 41

SCHWERDTNER, Arbeitsrecht I, Rdn 149 ff

Arbeitswelt weisen zahlreiche, dem Arbeitnehmer zur Ausführung übertragene Arbeitsabläufe ein außerordentlich hohes Schadensrisiko auf. Hier kann oft ein nur geringfügiges oder kurzfristiges Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt zu Schäden führen, deren Höhe zum Einkommen und damit auch zu den Ersatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers völlig außer Verhältnis steht.¹⁾

Hierbei ist noch zu berücksichtigen, daß bei komplizierten, aber auch bei einfachen monotonen Tätigkeiten ein gelegentliches, leicht fahrlässiges Fehlverhalten des Arbeitnehmers auf Dauer unvermeidlich ist. Während der Arbeitgeber den wirtschaftlichen Vorteil aus diesen risikobehafteten Tätigkeiten erhält und den Schadenseintritt in seine Kalkulation einbezieht, kann sich der Arbeitnehmer - wegen der bereits oben²⁾ beschriebenen Notwendigkeit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen - diesen Haftungsrisiken nicht entziehen.

Aus diesen Gründen sind sich Rechtsprechung³⁾ und Lehre⁴⁾ im Ergebnis einig, daß die Normen des zivilrechtlichen Haftungssystems im Bereich der Arbeitnehmer-Haftung nur eingeschränkt gelten können.

MAYER-MALY hat diesen Konsens folgendermaßen beschrieben: Es sei heute anerkannt, " daß das Sozialmodell der geltenden Normen über die Haftung aus Vertragsverletzung und über die Schadensersatzpflicht

1) GICK, JuS 1980, 393

2) vgl. S. 109 ff

3) vgl. das Verzeichnis gerichtlicher Entscheidungen bei: GAMILLSCHEG/HANAU, Die Haftung des Arbeitnehmers, 2.Aufl., 1974, S. 200 ff

4) GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 30 ff

wegen unerlaubter Handlung dem Risiko des Arbeitens in der modernen Industriegesellschaft nicht genügend Rechnung trägt."¹⁾

Trotz dieser im Ergebnis allgemein anerkannten Notwendigkeit der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei von ihm begangenen schuldhaften Handlungen besteht über ihre dogmatische Begründung völlige Uneinigkeit. Genau wie bei dem Versuch, eine Definition der "schadensgeneigten Arbeit" zu finden,²⁾ ist auch zu diesem Problem eine große Anzahl von Lösungsversuchen in Rechtsprechung und Literatur entwickelt worden. Hierbei handelt es sich aber nicht nur um ein theoretisches Problem, geschweige denn um ein akademisches Scheinproblem.

GAMILLSCHEG³⁾ hat schon 1969 nachgewiesen, daß die dogmatische Begründung Auswirkungen auf Ausgestaltung und Umfang der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers hat und zwar sowohl im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch gegenüber einem eventuell geschädigten Dritten.

ACHERBERG⁴⁾ weist darauf hin, daß die in Schrifttum und Rechtsprechung genannten Geltungsgründe⁵⁾ für die Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit systematisch verschiedenen Be-

1) MAYER-MALY, Arbeitsrechts-Blattei: Die Haftung des Arbeitnehmers, I, Übersicht

2) vgl. dazu GICK, JuS 1980, 393 ff

3) GAMILLSCHEG, Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber Dritten, in: Festschrift für Max RHEINSTEIN, Bd. II, S. 1043 (1046)

4) ACHTERBERG, Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, in: AcP 164, 14, 16 ff

5) siehe die detaillierte Aufzählung bei: ACHTERBERG, AcP 164, S. 16 FN 7

reichen angehören: dem bürgerlichen Recht, dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit. Viel erheblicher sei es aber, daß die Geltungsgründe auch dogmatisch nicht auf einen Nenner gebracht werden können. Dies sei weder hinsichtlich ihres Rechtsquellencharakters, der Ableitung der Haftungsbeschränkung aus dem Tatbestand der Haftungsnorm, ihrer Anknüpfung an das Arbeitsverhältnis, der Haftungsbeteiligung der Arbeitsvertragsparteien noch hinsichtlich der gegenständlichen Reichweite der Haftungsbeschränkung möglich.¹⁾

ISELE²⁾ hat darauf aufmerksam gemacht, daß man - trotz der eben beschriebenen Differenzen - eine grobe Zweiteilung der ventilierten Lösungsvorschläge vornehmen könne: Von der einen Gruppe wird bereits die Existenz der Haftungs v o r a u s s e t z u n g e n , also Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld verneint, während die andere Gruppe versucht, die Haftungs f o l g e n auszuschließen bzw. einzuschränken.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, ausführlich eine Darstellung und Kritik sämtlicher jemals in Rechtsprechung und Schrifttum angeführten dogmatischen Gesichtspunkte und Konstruktionen vorzunehmen. Da dies schon an anderen Orten in umfassender

1) ACHTERBERG, AcP 164, S. 17, insbesondere dort FN 9

2) ISELE, Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln? in: NJW 1964, 1442

Weise geschehen ist¹⁾, würde es zudem zu unnötigen Wiederholungen führen.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die vor allem in der Rechtsprechung noch herrschende Ableitung aus der Fürsorgepflicht sowie auf die - hier gebotene knappe - Darstellung der im Vor-
dringen befindlichen Risikotheorie.²⁾

a) Die Herleitung aus der Fürsorgepflicht

Zuvor sei noch angemerkt, daß - wie bereits angedeutet - es bis heute nicht gelungen ist, eine allgemein anerkannte Definition³⁾ des Begriffs der schadensgeneigten Arbeit zu finden. Im Jahre 1940 umschrieb das RAG⁴⁾ die "gefahr geneigte Arbeit" folgendermaßen:

"Die Eigenart gewisser Dienste bringt es mit sich, daß auch einem gewissenhaften Dienstverpflichteten Fehlgriffe unterlaufen, die zwar für sich allein betrachtet jedesmal vermeidbar sind, mit denen aber

-
- 1) ACHTERBERG, AcP 164, 14
WITT, Zur Haftungssituation des Arbeitnehmers im Bereich "schadensgeneigter Arbeit" bei Schädigung des Arbeitgebers und betriebsfremder Dritter, 1968, S. 103 ff
GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 34 ff; §§ 3, 4, 5;
BOBROWSKI-GAUL, Das Arbeitsrecht im Betrieb, Bd. I, 7. Aufl., 1979, G III Rdn 17 ff
BRINGEZU, Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung, S. 26 ff
Bei ROTHER, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, 1965, S. 254 FN 4 und ACHTERBERG, AcP 164, 16 FN 7 finden sich Literaturhinweise bezüglich der einzelnen Lösungsversuche.
 - 2) Beide gehören zur zweiten der oben erwähnten Gruppen.
 - 3) vgl. die Nachweise bei:
WITT, S. 99, FN 3 und
GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 29 ff und 52 - 54, besonders FN 182
 - 4) RAG, Urteil v. 18.12.1940, RAG E 24, 199=ARS 41, 55

angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen, mehr oder minder genau voraussehbaren Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß gerechnet wird."

Diese Formulierung hat auch heute noch Gültigkeit; sie wurde vom BAG in dem stets zitierten Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957 fast wörtlich wiederholt.^{1) + 2)}

Seit der schon erwähnten Grundsatzentscheidung des RAG vom 18.12.1940³⁾ wird von der Rechtsprechung⁴⁾ und zahlreichen Autoren⁵⁾ die Auffassung vertreten, daß der eigentliche Rechtsgrund für die Beschränkung der arbeitnehmerischen Haftung im Bereich der schadensgeneigten Arbeit teils ausschließlich, teils zusammen mit anderen Gesichtspunkten in der dem Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht zu finden sei. So führte das BAG in seinem Urteil vom 19.3.1959⁶⁾ aus, nachdem der BGH⁷⁾ vier Jahre zuvor schon ähn-

1) BAG E 5, 1 (5)

2) Zum Problem, ob die "typisierende" oder die situationsmäßige Betrachtungsweise zu adäquaten Ergebnissen führt, vgl. GICK, JuS 1980, 394 ff

3) RAG ARS, 41, 55 (60)

4) vgl. die ausführlichen Fundstellenhinweise bei: GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 44 FN 144

5) HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 233

NIKISCH, a.a.O., S. 305

HELM, AcP 160, 136

ACHTERBERG, AcP 164, 31 ff

GUMPERT, Wann muß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von Schadensersatzpflichten gegenüber Dritten freistellen? in: BB 1955, 480 (482)

GAUL, Ein Lösungsweg der Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit nach geltendem Recht, in: AuR 1965, 225

BECKER-SCHAFFNER, Die gefahrgeneigte Arbeit im Dienst- und Arbeitsverhältnis, 1969, S. 96 ff

6) BAG E 7, 290 (298) = AP Nr. 8 zu § 611 BGB
Haftung des Arbeitnehmers = NJW 1959, 1796

7) BGH Z 16, 111 (116)

liche Überlegungen angestellt hatte, die moderne Gesellschafts- und Sozialordnung könne sich nicht der "Lebenstatsache" verschließen, daß bei gefahrgeneigter Arbeit ein schuldhaftes Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfahrungsgemäß jedem einmal passieren könne. Zwar dürfe die Gesellschafts- und Sozialordnung ein solches gelegentliches Versagen des Einzelnen angesichts des geltenden Ordnungsprinzips nicht billigen, jedoch bringe sie dafür ein entschuldigendes Verständnis in der Form eines "Verständnisgedankens" auf. Die Fürsorgepflicht gebiete dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer in zumutbarem Maße vor den Folgen eines solchen Versagens zu bewahren. Dabei müsse das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Arbeitnehmers gegen die auf den Arbeitgeber zurückgehende Veranlassung, nämlich das schuldlose Setzen der Möglichkeit des schuldhaften Versagens des Arbeitnehmers in gefahrbedingten Situationen, abgewogen werden. Aus dieser Argumentation heraus hat die Rechtsprechung - vom vorsätzlichen Handeln abgesehen - eine dreifache Unterscheidung getroffen:

- Bei grober Fahrlässigkeit soll der Arbeitnehmer in der Regel voll haften.
- Bei leichtester Fahrlässigkeit soll der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht haften; hier trägt der Arbeitgeber den Schaden allein.
- Bei sog. "einfacher", d.h. zwischen den soeben beschriebenen Stufen liegenden Fahrlässigkeit soll der Schaden grundsätzlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Abwägung der Gesamtumstände von Schadensanlaß sowie Schadensfolgen nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten nach Quoten verteilt werden.

b) Die Kritik an dieser Herleitung unter Berücksichtigung der Risikotheorie

Aber auch hier zeigt sich das schon unter B' ange-troffene Problem: Die Begründung, warum gerade die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers es sein soll, die es dem Arbeitgeber zur Pflicht macht, den Arbeitnehmer von der Inanspruchnahme für vorwerfbar verursachte Schäden ganz oder teilweise freizustellen, ist nicht überzeugend.

So wenden denn auch die Kritiker der "Fürsorgepflichtbegründung" - ohne allerdings dieses Institut genau zu untersuchen - ein, daß der Begriff der Fürsorgepflicht so ausgefertigt sei, "daß man sich heute angewöhnt hat, alles für fürsorgewidrig zu bezeichnen, was einem sozial empfindenden Menschen als anstößig erscheint."¹⁾ Die Fürsorgepflicht sei ein "Notnagel"²⁾, der sich lediglich dazu eigne, Behauptungen aufzustellen, statt sie zu beweisen.³⁾

Diese - wenn auch etwas pauschal erscheinende - Kritik bestätigt nur die bereits gewonnenen Ergebnisse. Die entscheidenden Argumente, warum die Fürsorgepflicht nicht geeignet ist, die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit zu begründen, stammen von CANARIS und LARENZ. CANARIS⁴⁾ hat darauf hingewiesen, daß die Fürsorgepflicht weder im System der bisher bekannten Scha-

1) GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 44

2) DERSCH, Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift HERSCHEL, S. 76

3) FREY, Die unzureichende Arbeitsleistung (Schlechterfüllung) als Gegenstand der Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers, in: BB 1960, 411 (412)

4) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 41 (45)

denzzurechnungsgründe¹⁾ einen Platz hat noch einen Ansatzpunkt zur Entwicklung eines neuen bietet. Es bedarf aber eines solchen, da die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers sich beim Arbeitgeber unmittelbar als Haftungsverschärfung auswirkt,²⁾ die über die Verschuldenshaftung hinausgeht. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß, wenn bei einer leicht fahrlässigen Schädigung eines betriebsfremden Dritten durch den Arbeitnehmer dem Arbeitgeber im Rahmen des § 831 BGB der Exkulpationsbeweis gelingt, der Arbeitgeber dennoch über den arbeitsrechtlichen Freistellungs- oder Erstattungsanspruch Schadensersatz zu leisten hat. Wie wenig überzeugend die Argumentation aus der Fürsorgepflicht heraus ist, erweist sich an dem von CANARIS³⁾ als Beispiel angeführten "Säureflaschenfall."⁴⁾ Dort hatte das BAG einen Ersatzanspruch des Arbeitnehmers für seine bei der Arbeit durch ausfließende Ameisensäure unverschuldet beschädigten Sachen unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht nur für den Fall anerkannt, daß dem Arbeitgeber insoweit ein **V e r s c h u l d e n** nachzuweisen ist. Denn das Arbeitsrecht stehe wie das Bürgerliche Recht in der Haftungsfrage grundsätzlich auf dem Standpunkt des Verschuldensprinzips. Dies gelte sowohl für Vertragsverletzungen als auch für unerlaubte Handlungen. Etwas später stellt das Gericht dann ausdrücklich fest, daß unter den genannten Umständen (fehlendes

1) vgl. hierzu LARENZ, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, in: JuS 1965, 373

2) MEINERT, Zur Frage der Haftung bei schadensge-
neigter Arbeit unter Berücksichtigung der Ge-
fährdungshaftung, in: DB 1958, 1328 hat auf diese
Konsequenzen aufmerksam gemacht.

3) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 45

4) BAG E 12, 15 ff = AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefähr-
dungshaftung

Verschulden des Arbeitgebers) ein Ersatzanspruch des Arbeitnehmers selbst dann nicht gegeben sei, wenn sein Schaden bei gefährlichen Arbeiten entstanden sei. Warum dann aber andererseits die Fürsorgepflicht ausreichen soll, um den Arbeitgeber zur Mittragung oder gar zur alleinigen Übernahme der Schadensfolgen heranzuziehen, wenn der V e r m ö g e n s schaden des Arbeitnehmers darin besteht, daß er sich Ersatzansprüchen s c h u l d h a f t geschädigter Dritter oder des Arbeitgebers gegenübersieht, ist "schlechterdings nicht einzusehen",¹⁾ in jedem Fall aber inkonsequent.²⁾ Zwar bestehen zwischen Schadensersatzverpflichtung und Sachschäden Unterschiede. Beide stellen sich - wirtschaftlich gesehen - aber als ein und dasselbe dar: nämlich als Vermögens-einbuße.³⁾

Soll eine derartige Vermögenseinbuße des Arbeitnehmers wegen der besonderen Umstände der gefahrgeneigten Arbeit auf den Arbeitgeber abgewälzt werden, so erscheint es vernünftig und geboten, die Schadensverlagerung bei dieser gleichen Interessensituation auf eine identische Argumentation zu stützen.⁴⁾

Somit steht fest, daß die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers - zumal wie von der Rechtsprechung in den zitierten Urteilen nach der überkommenen Definition verstanden - nicht geeignet ist, solche

1) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 45

2) so auch: WITT, S. 144 und RIEMANN, Der personale Geltungsbereich der Haftung für Verrichtungsgehilfen und der Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Arbeit, 1977, S. 164

3) so auch: ROTHER, Haftungsbeschränkung, S. 259

4) so RIEMANN, a.a.O., S. 164 und ROTHER, Haftungsbeschränkung, S. 259 im Hinblick auf den Säureflaschenfall; vgl. hierzu auch: SCHWERTNER, Arbeitsrecht I, S. 110

weitgehenden Eingriffe wie die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers in das bürgerlich-rechtliche Haftungssystem zu begründen.

Dies bedeutet aber nun keineswegs, daß es kein Verstoß gegen die dem Arbeitgeber obliegende Pflicht zur Wahrung der Interessen des Arbeitnehmers wäre, wenn der Arbeitgeber auf dem Schein seines nach BGB-Vorschriften gegebenen Rechts bestünde. Des Rückgriffs auf das Institut der "Fürsorgepflicht" bedarf es aber dann nicht, "wenn man den Schleier dieses Scheins zerreißt und die wahre Risikoverteilung offenlegt."¹⁾ Die Rückbesinnung auf die elementaren Ursachen der Haftungsbeschränkung erscheint dann auch als eine von einseitig arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten losgelöste Betrachtungsweise, die die Rückführung der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit in das Haftungssystem des BGB ermöglicht.

Da die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur dogmatischen Herleitung der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit nicht geeignet ist, bedarf es einer Untersuchung der realen Situation, die die ökonomische Abwälzung der Haftung auf den Arbeitgeber rechtfertigt. Es ist demnach fraglich, welches Zurechnungsprinzip den Verschuldensgrundsatz bei durch gefahrgeneigte Arbeit verursachten Schäden verdrängt.

Die objektive Zuweisung eines (nur) begrenzten Risikos an eine bestimmte Person setzt eine Verknüpfung zwischen dem Risiko und der Person voraus. Für die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit wurde als Bezugspunkt für die teilweise Zuweisung des Handlungsrisikos des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber überwiegend dessen

1) GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 44 ff

Betrieb gewählt.¹⁾ Dieser Begriff des Betriebsrisikos wird entweder allein oder gemeinsam mit anderen Zurechnungsgesichtspunkten als bedeutender Faktor herausgestellt. Dabei wurden hierfür in Literatur und Rechtsprechung auch andere Bezeichnungen gebraucht, wie "Betriebsgefahr, Unternehmerwagnis, Unternehmerrisiko, innere betriebliche Gefährdungshaftung und innerer betrieblicher Schadensausgleich;" oft werden auch mehrere dieser Bezeichnungen nebeneinander gebraucht.²⁾

Zwar ist, wie dargestellt, vor allem in der Rechtsprechung die Fürsorgepflicht das tragende Begründungselement für die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit, doch tauchen in den Entscheidungen immer wieder Ausführungen zu einer gerechten Risikoverteilung auf, die zum Teil der nachfolgend dargestellten Risikotheorie entsprechen.

Schon in dem mehrfach angesprochenen Urteil des RAG vom 18.12.1940³⁾ wurde festgestellt, daß das leichte Versehen des angestellten Kraftwagenfahrers im Straßenverkehr bis zu einer gewissen Grenze vom Arbeitgeber als eine Art typisches Betriebsrisiko in Kauf genommen werden müßte.

Auch nach dem Krieg erscheint mit ähnlicher Begründung in der Rechtsprechung des BAG und des BGH der Begriff des Betriebsrisikos. So führt der BGH in einem Urteil vom 10.1.1955⁴⁾ u.a. aus, "daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht eine Belastung mit solchen Schäden und Schadensersatzansprüchen zumuten

1) RIEMANN, S. 167

2) vgl. hierzu GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 46 mit zahlreichen Nachweisen

3) ARS 41, 55 (60)

4) BGH Z 16, 111

darf, die letztlich aus der besonderen Gefahr der übertragenen Arbeit folgen und als solche auch dann zum typischen, vom Unternehmer zu tragenden Betriebsrisiko gehören, wenn sie im Einzelfall vom Arbeitnehmer schuldhaft herbeigeführt worden sind."

War in diesem Urteil die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers noch das tragende Element, das durch die "Betriebsrisiko"-Argumentation nur inhaltlich präzisiert wurde, verzichtete das BAG¹⁾ 1966 völlig auf den arbeitgeberischen Fürsorgedanken. "Daß der Arbeitgeber auf die Bewältigung gefahrgeneigter Arbeit durch seine Arbeitnehmer angewiesen ist, und deshalb ihnen die Erledigung dieser Arbeit übertragen hat, gehört auch hinsichtlich der sich hieraus ergebenden Folgen zu seinem Gefahrenbereich und zu seinem Betriebsrisiko."²⁾

Auch im Schrifttum verwenden die meisten Autoren, die zur dogmatischen Herleitung der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit Stellung nehmen, den Gedanken des Betriebsrisikos. Dabei wird die Bedeutung der zum Betriebsrisiko gemachten Äußerungen dadurch oft kaschiert, daß sie anderen Gesichtspunkten untergeordnet oder auch nur zur Seite gestellt werden.³⁾

LARENZ⁴⁾ hat darauf hingewiesen, daß das Schadens-

1) BAG NJW 1967, 269 ff

2) Eine ausführliche Zusammenstellung über den "Risikogedanken in der Rechtsprechung" findet sich bei:
WITT, S. 163 ff und
GAMILLSCHEG/HANAU, a.a.O., S. 46 ff, FN 152 ff

3) vgl. etwa GAUL, Ein Lösungsweg der Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit nach geltendem Recht, in: AuR 1965, 228
Nachweise über den Risikogedanken im Schrifttum bei: WITT, S. 170 ff

4) LARENZ, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, in: JuS 1965, 373 ff

recht nicht allein vom Verschuldensprinzip bestimmt werde. Charakteristikum sei vielmehr das Zusammenspiel mehrerer grundsätzlich gleichwertiger Zu rechnungsprinzipien.

Unser Recht kennt neben der Haftung für vertragliches oder deliktisches Unrecht i.V.m. dem Verschuldensprinzip noch drei andere Zurechnungsgründe: die Vertrauenshaftung, die Aufopferungshaftung und die Gefährdungshaftung.¹⁾

Um die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei gefahrgeneigter Arbeit zu begründen, scheiden die Haftung nach dem Verschuldensprinzip und die Vertrauenshaftung von vornherein aus. Dies gilt auch für die Aufopferungshaftung, da sie voraussetzt, daß die Rechtsordnung den Rücktritt eines Rechtsgutes zugunsten eines anderen gebietet. Da es daran hier fehlt, verbleibt nur die Gefährdungshaftung.

Unter Gefährdungshaftung wird allgemein hin das Entstehenmüssen für die von einer bestimmten Sache ausgehenden Gefahren verstanden. Hierbei gründet sich die Zurechnung auf ein objektives und ein subjektives Element. Das objektive besteht darin, daß der Sachinhaber die aus dieser Sache fließenden Vorteile genießt und daß er dementsprechend auch die von ihr ausgehenden Gefahren tragen soll; das subjektive Zurechnungselement liegt in dem Gedanken, daß der Ersatzpflichtige die Gefahrenquelle gesetzt hat und daher am ehesten die Möglichkeit ihrer Beherrschung besitzt.²⁾

Diese beiden - quasi konstitutiven - Merkmale sind

1) LARENZ, JuS 1965, 373
CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 42 ff
ENNECCERUS-NIPPERDEY, BGB-AT, §§ 208 und 218

2) grundlegend: ESSER, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 5 und 69 ff
CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 43
ENNECCERUS-NIPPERDEY, BGB-AT, § 217

nach der Auffassung von CANARIS¹⁾ auch bei der Tätigkeit im fremden Interesse, wie z.B. im Verhältnis des Geschäftsherrn und des nicht beauftragten Geschäftsführers (GoA) oder zwischen Auftraggeber und Beauftragtem nachzuweisen. Auch sei in diesen Fällen die der Gefährdungshaftung eigene Funktion existent: Es gehe eben nicht um den Ausgleich von Unrecht, sondern um die V e r t e i l u n g v o n U n g l ü c k .²⁾

CANARIS will hierbei aber - um terminologische Unklarheiten von vornherein auszuschalten - nicht den terminus "Gefährdungshaftung" verwenden, der schon für die Fälle der "Anlagen- oder Halterhaftung" festgelegt ist. Die Haftung für gefährliche Sachen und die Einstandspflicht bei risikobehafteter Tätigkeit seien vielmehr beide Unterfälle eines übergeordneten Instituts der Risikozurechnung an den, der den Vorteil aus dem Risiko ziehe und dem es zum Willen zuzurechnen sei.³⁾

CANARIS schlägt deshalb folgerichtig vor, statt von Gefährdungshaftung besser von "Risikohaftung bei Tätigkeit im fremden Interesse" zu sprechen.

Die von CANARIS und LARENZ entwickelte "Risikohaftung im fremden Interesse" gestattet auch eine sachgerechte Lösung des Problems der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit. Denn alle Elemente der Risikohaftung lassen sich hier nachweisen: Der Arbeitgeber zieht die wirtschaftlichen und sonstigen Vorteile aus der Arbeit des Arbeitnehmers; er hat diesen mit der Tätigkeit betraut und unterhält den Betrieb, wodurch das Risiko geschaffen worden ist. Der Arbeitgeber

1) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 43

2) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 43

3) vgl. neben CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 43, auch: LARENZ, JuS 1965, 374 ff

ist Herr des Risikos, das er durch entsprechende Organisation seines Betriebes, durch den Abschluß einer Versicherung oder durch Einstellung in die Kalkulation beherrschen kann. Der Arbeitnehmer kann hingegen der Gefahr nicht ausweichen, wenn seine Tätigkeit generell gefahrbehaftet ist, weil er dann seinen Beruf, seine Existenzgrundlage aufgeben müßte.

Selbst wenn nur e i n e besondere Verrichtung gefahrbehaftet ist, kann der Arbeitnehmer sich dieser Gefahr nicht ohne weiteres entziehen, da er dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.¹⁾

Auch sei hier wieder der zugrundeliegende Gerechtigkeitsaspekt die Erkenntnis, daß in jedem Unrecht ein Teil Unglück enthalten ist.²⁾

Die Möglichkeit des Unglückseintritts wird durch den Arbeitgeber vergrößert, weil er durch das Betreiben seines Unternehmens besonders hohe Werte einer Gefahr aussetzt und durch die Art der Organisation, den Einsatz von Maschinen usw die Möglichkeit des Schadenseintritts erhöht.

Da der Arbeitgeber "dies alles um seines Vorteils willen tut, scheint es ein Gebot der Gerechtigkeit, ihn das in dem Schaden steckende Stück Unglück selbst tragen zu lassen."³⁾

Es wurde bereits erwähnt, daß alle diese Gedanken - besonders das "Betriebsrisiko" - immer wieder in Rechtsprechung und Literatur im Rahmen der Diskussion des Problems der schadensgeneigten Arbeit auftauchen. Aber zur Begründung des allgemein anerkannten Rechtsinstituts der schadensgeneigten Arbeit wurde der

1) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 45

2) ISELE, NJW 1964, 1444 ff

3) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 45

Risikogedanke vor den Arbeiten von LARENZ und CANARIS nicht herangezogen. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß manche Autoren die Fälle der Risikohaftung als abschließend geregelt ansehen.¹⁾

Diese Betrachtung beruht, wie CANARIS²⁾ zu Recht betont auf einem methodologischen Fehlschluß. Da die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit in ihrem Kernbereich anerkannt ist, geht es nur noch darum, das zugrundeliegende Prinzip richtig zu erfassen. Diesem Einwand begegnet CANARIS³⁾, indem er feststellt, daß die gesetzlich geregelten Tatbestände nur die Gefährdungshaftung für Sachen betreffen. Hier hingegen handele es sich um eine Gefährdungshaftung für Tätigkeiten. Eine außergesetzliche Haftung für nichtverschuldete Tätigkeiten lasse unser Recht aber zu; dies werde am Aufopferungsanspruch und an der von der Rechtsprechung zugelassenen Rechtsscheins- und Vertrauenshaftung deutlich, bei denen ebenfalls kein Verschulden vorliege. Diese Auffassung wird zusätzlich dadurch unterstützt, daß in Einzelgesetzen in der Tat Regelungen enthalten sind, die eine Haftung für gefährliche Tätigkeiten anderer ohne Verschulden enthalten. So normiert § 33 II BJagdG, daß der Jagdausübungsberechtigte auch für den Schaden haftet, der von einem von ihm bestellten Jagdaufseher oder durch einen Jagdgast verursacht wird.

1) so z.B. ACHTERBERG, AcP 164, 14 (41 ff) und SCHEUERLE, Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, in: RdA 1958, 248

2) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 46

3) CANARIS, Risikohaftung, RdA 1966, 46

Aus diesen Erörterungen ergibt sich folgendes Ergebnis:

Der dogmatisch zutreffende Standort der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers bei schadensge-
neigter Arbeit ist nicht das Rechtsinstitut der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, sondern die Risiko-
verteilung bei der Zurechnung von Schadensfolgen.
Es hat sich auch gezeigt, daß es sich hier um keine
Besonderheit des Arbeitsverhältnisses handelt, son-
dern daß der "Verständnisgedanke" (des BAG)¹⁾
überall dort Anerkennung finden muß, wo jemand im
fremden Interesse tätig wird; es handelt sich hier-
bei um einen Bestandteil der a l l g e m e i n e n
Privatrechtsdogmatik.²⁾

Abschließend sei noch erwähnt, daß sich als Rechts-
folge dieser Begründung ergibt, daß die Risiko-
zurechnung an den Arbeitgeber analog § 254 BGB
anspruchsmindernd gegenüber der Vertrags- und
Deliktshaftung des Arbeitnehmers zur Anwendung
kommt (Schadensteilung).³⁾

2. Der Urlaubsanspruch

An dieser Stelle soll in der gebotenen Kürze unter-
sucht werden, ob der Urlaub des Arbeitnehmers nach den
oben gewonnenen Ergebnissen zur Rechtsnatur des Ar-
beitsverhältnisses als Entgelt oder als Ausfluß aus
der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers betrachtet
werden kann.

1) BAG E 7, 298 ff

2) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 63

3) vgl. zur europäischen Rechtslage:
BRINGEZU, Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung in
der Bundesrepublik Deutschland, in England
und Frankreich, 1974

Dem heutigen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers fehlte lange Zeit die gesetzliche Grundlage.¹⁾

Der Arbeitgeber gewährte - wenn überhaupt - Urlaub nur freiwillig. So sprach TITZE noch 1918 die Hoffnung aus, daß sich die Sitte, bewährten Gehilfen einmal im Jahr F e r i e n zum Zwecke der Erholung und Ausspannung zu gewähren, allmählich zur Verkehrssitte verdichten möge.²⁾

Auch die Tarifverträge nach dem 1. Weltkrieg enthielten nur sehr selten Urlaubsvereinbarungen.³⁾ Dementsprechend sah man zu dieser Zeit die Urlaubsgewährung als Schenkung an (Schenkungsstheorie).⁴⁾ Diese Theorie wurde von der 1926 von ZUNFT⁵⁾ entwickelten Entgeltstheorie abgelöst. ZUNFT vertrat die Auffassung, daß

-
- 1) Nur Beamten wurde bereits durch § 14 des Reichsbeamtengesetzes vom 31.3.1873 (RGBl S. 61) i.V.m. der Verordnung vom 2.11.1874 (RGBl S. 129) die Möglichkeit gewährt, Erholungsurlaub zu beantragen. Hierauf hatte der Beamte aber im Gegensatz zur heutigen gesetzlichen Regelung des § 89 BBG i.V.m. der Verordnung über den Erholungsurlaub in der Fassung vom 11.10.1970 (BGBl I, S. 1379), zuletzt geändert durch Verordnung vom 10.7.1979 (BGBl I, S. 1023), keinen Rechtsanspruch.
 - 2) TITZE, Das kaufmännische Hilfspersonal, in: Victor EHRENBURG (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Zweiter Band, S. 768
 - 3) Angaben hierüber bei: DERSCH/NEUMANN, BURLG, Einl. Anm. 2
 - 4) Die sog. Schenkungsstheorie wurde zum ersten Mal 1912 von LIEBRECHT, Der Urlaub des Handlungsgehilfen, Jahrbuch der Berliner Kaufmannsgerichte, 1912, S. 55 ff, vertreten.
 - 5) ZUNFT, Kündigung und Urlaubsanspruch, NZfA 1926, Sp. 589 ff (Sp. 592)

der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers ein Anspruch auf Zahlung desjenigen Teils des Jahreslohnes für die Zeit darstellt, in der der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrages nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Der Lohn für die Urlaubszeit gilt als Gegenleistung für die in der Vergangenheit bereits erbrachten Dienste.

Mit dieser Theorie ist der Gedanke der unentgeltlichen Zuwendung des Arbeitgebers aufgegeben.

Der Rechtsgrund des Urlaubsanspruchs besteht in den vom Arbeitnehmer geleisteten Diensten, der Urlaub wird demzufolge als "Entgelt" aufgefaßt. Der Entgeltcharakter des Urlaubsanspruchs wurde gleichermaßen von Rechtsprechung und Schrifttum betont; die Entgelttheorie war in der Weimarer Republik die herrschende Urlaubstheorie.¹⁾

In der Zeit des Nationalsozialismus wurde die Entgelttheorie zugunsten der Fürsorgetheorie verdrängt. Entsprechend der - oben dargestellten - damals vorherrschenden Auffassung vom Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis wurde die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs nunmehr aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ("Betriebsführers") hergeleitet.

Die Wandlung von der Entgelt- zur Fürsorgetheorie läßt sich hervorragend an zwei Aufsätzen NIKISCH's verdeutlichen. Im Jahre 1928 schrieb NIKISCH²⁾, daß der Erholungsurlaub sowohl juristisch als auch wirtschaftlich eine Gegenleistung für erbrachte Arbeit sei und diese Auffassung "kaum mehr bestritten" werde.³⁾ Dagegen führt er 1938 aus, daß das Arbeits-

1) RENAUD, Die Abgeltung von Urlaubsansprüchen nach dem Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer, 1977, S. 15, mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur

2) NIKISCH, Der Urlaub des Arbeitnehmers, NZFA 1928, Sp. 133 ff

3) NIKISCH, NZFA 1928, Sp. 148

verhältnis im Rahmen des nationalsozialistischen Arbeitsrechts nicht mehr als Schuldverhältnis, sondern nur als ein die beteiligten Personen verbindendes Gemeinschaftsverhältnis aufgefaßt werden könne, das auf der Hingabe der Arbeitskraft des einen Teils an den anderen beruhe. Die daraus resultierende Verpflichtung des Betriebsführers, für die Arbeitskraft seines Gefolgsmannes zu sorgen, umfasse auch die Pflicht zur Urlaubserteilung. Nicht als Vergütung für in der Vergangenheit geleistete Dienste, sondern im Bewußtsein, daß ihm ein wertvolles persönliches und nationales Gut anvertraut sei, habe der Betriebsführer dem Gefolgshafter Gelegenheit zu geben, sich zu erholen und neue seelische und körperliche Kräfte zu sammeln.¹⁾

Das RAG schloß sich in seiner Grundsatzentscheidung vom 16.3.1938²⁾ dem an.

Nach dem zweiten Weltkrieg konnte sich die Entgelttheorie nicht erneut durchsetzen, da Rechtsprechung und der Überwiegende Teil des Schrifttums an der Auffassung der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses als eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses festhielten.³⁾ Die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs wurde demzufolge weiterhin als Ausfluß der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers betrachtet.

Fraglich ist nun, nachdem als Zwischenergebnis feststeht, daß das Arbeitsverhältnis ein schuldrechtliches Austauschverhältnis ist, ob die Verpflichtung zur Gewährung des Erholungsurlaubs noch als besondere Form der Fürsorgepflicht gewertet werden kann.

1) NIKISCH, "Probleme des Urlaubsrechts im Lichte der nationalsozialistischen Ordnung der Arbeit", ZAKDR 1938, 41

2) RAG ARS 32, 316 ff
ebenso: RAG ARS 33, 196 ff

3) vgl. oben S. 25 ff

Aus den Normen des BUrlG läßt sich entgegen der Ansicht NEUMANN's¹⁾ kein überzeugendes Argument für den Fürsorgecharakter der Urlaubsgewährung herleiten. So ist der häufig zur Begründung herangezogene Satz 2 des § 7 IV BUrlG durch das HeimarbeitsG vom 29.10.1974²⁾ weggefallen. Diese Norm besagte, daß die Abgeltung des wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr "genommenen" Urlaubs dann nicht erfolgt, wenn der Arbeitnehmer durch eigenes Verschulden aus einem Grund entlassen worden ist, der eine fristlose Kündigung rechtfertigt, oder er das Arbeitsverhältnis unberechtigt vorzeitig gelöst hat, und in diesen Fällen eine grobe Verletzung der Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis vorliegt.³⁾

Entgegen der Ansicht von NEUMANN⁴⁾ ist auch dem § 5 III BUrlG allein kein Indiz zu entnehmen, das für die Fürsorgetheorie spricht. Das in dieser Vorschrift normierte Rückforderungsrecht rechtfertigt sich als Verhinderung einer unzulässigen Kündigungserschwerung⁵⁾ selbst dann, wenn man den Urlaub als Entgelt für Leistungen des Arbeitnehmers auffaßt. Außerdem stehen der Vorschrift des § 5 III BUrlG die Regelung der Wartezeit in § 4 BUrlG sowie das in § 5 I BUrlG normierte Zwölftelungsprinzip entgegen. Denn diese Vorschriften lassen sich nicht mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erklären, da hier die *R e l a t i o n* zwischen der Höhe des

1) NEUMANN, Urlaub als Entgelt oder aus Fürsorgepflicht, RdA 1977, 265 (267)

2) BGBI, I, 2879

3) vgl. hierzu: WLOTZKE, Neuerungen im Arbeitsrecht, in: DB 1974, 2252 ff
SIARA, Wegfall der Urlaubsabgeltung, in: DB 1975, 836 ff

4) NEUMANN, RdA 1977, 268

5) SCHWERDTNER, S. 160 FN 108

Urlaubsanspruchs und der Dauer des Arbeitsverhältnisses sichtbar wird. Vom Standpunkt der Fürsorgetheorie kann nur die Erholungsbedürftigkeit des Arbeitnehmers, nicht hingegen die Dauer des Arbeitsverhältnisses für die Bestimmung der Urlaubshöhe maßgebend sein. Über die im BUrlG normierte Regelung hinaus ist die Beziehung zwischen Arbeitsleistung und Urlaubsanspruch noch in einem weiteren Punkt relevant: Es ist heute allgemein anerkannt, daß dem Arbeitgeber dann gegenüber dem Urlaubsbegehren des Arbeitnehmers der Einwand des Rechtsmißbrauchs zusteht, wenn innerhalb des Urlaubsjahres eine Arbeitsleistung nicht erbracht worden ist.¹⁾

Auch vom Willen der Arbeitsvertragsparteien her kann der Urlaubsanspruch nicht als Fürsorgeleistung des Arbeitgebers gewertet werden.

SCHLEPHORST hat überzeugend dargelegt, daß der Arbeitgeber den Urlaub in erster Linie als einen Kalkulationsfaktor bei der Ermittlung der Personalkosten sowie als betriebstechnisches und organisatorisches Problem betrachtet.²⁾ So werden durch Verlängerung der Mindesturlaubsdauer entstehende Kosten kalkulatorisch erfaßt und über die Preisgestaltung auf "den Markt" abgewälzt. So läßt sich sagen, daß der Arbeitgeber bei der Gewährung des Erholungsurlaubs weniger den Arbeitnehmer als Mensch und Person betrachtet, der ein "naturgegebenes Bedürfnis nach Erholung und Entspannung hat"³⁾, sondern hierin vielmehr im Rahmen des Arbeitsmarktmechanismus "eine unabdingbare Voraussetzung für die Beschaffung von Arbeitskräften"⁴⁾ sieht.

1) Dazu mit eingehenden Literatur-Hinweisen:
RENAUD, S. 109 ff

2) SCHLEPHORST, Die rechtliche Einordnung des
Urlaubs, 1964, S. 28

3) SCHLEPHORST, a.a.O., S. 28

4) RENAUD, S. 30

Ebensowenig betrachtet der Arbeitnehmer "seinen" Urlaubsanspruch als Fürsorgeleistung des Arbeitgebers. Die Urlaubsgewährung wird vielmehr als Teil des vom Arbeitgeber für die erbrachten Leistungen zu zahlenden Entgelts gesehen.¹⁾

Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, daß die Dauer des Urlaubs regelmäßig Gegenstand der Tarifverhandlungen ist und anschließend - neben der Lohnerhöhung - stets im Mittelpunkt des Arbeitnehmerinteresses steht.

Auch die Tatsache, daß der einzelnen Urlaubsgewährung direkt keine bereits erbrachte Arbeitsleistung zugeordnet werden kann, spricht nicht gegen die Entgelttheorie. Denn im Gegensatz zum einzelnen Schuldverhältnis ergeben sich im Dauerschuldverhältnis Unterschiede.²⁾ Hier können die einzelnen Leistungen

und Gegenleistungen nicht mehr ohne weiteres in eine direkte Beziehung zueinander gebracht werden.³⁾

Die Urlaubsgewährung stellt sich demnach nur als eine Leistung in einem Gefüge von Leistungen und Gegenleistungen dar, die innerhalb des Arbeitsverhältnisses erbracht werden. Demzufolge läßt sich die Frage nach der Entgeltlichkeit einer innerhalb eines Arbeitsverhältnisses erbrachten Leistung nur unter der umfassenden Betrachtung des Gesamtgefüges der Leistungen und Gegenleistungen beantworten.⁴⁾

1) so auch RENAUD, S. 30

2) Daß das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist, wurde oben auf S. 73 dargestellt.

3) vgl.:
SCHWERTNER, S. 160 ff
WIEDEMANN, S. 16

4) So neben den in der vorstehenden FN erwähnten Autoren auch:
RENAUD, S. 30/31

Damit steht als Ergebnis fest, daß der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers weder normativ noch soziologisch als Ausfluß der arbeitgeberischen Fürsorge gewertet werden kann. Der Urlaub stellt sich vielmehr als Entgelt des Arbeitgebers für geleistete oder noch zu leistende Arbeit des Arbeitnehmers dar.¹⁾

3. Das betriebliche Ruhegeld

Auch das Ruhegeld wurde bis zum Ende der Weimarer Republik sowohl von der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts²⁾ als auch von der Literatur³⁾ als entgeltliche Leistung für früher geleistete Dienste des Arbeitnehmers betrachtet. Aber auch hier wandelte sich unter dem Einfluß des AOG die Betrachtungsweise: Je mehr das Arbeitsverhältnis nur als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit wechselseitiger Treuepflicht aufgefaßt wurde, desto mehr wurde der Fürsorgecharakter des Ruhegeldes betont. Das RAG und ein Teil der Literatur faßten das Ruhegeld nunmehr als Fürsorgeleistung des Arbeitgebers auf.⁴⁾

1) so im Ergebnis:

SCHWERDTNER, S. 166

RICHARDI, Entwicklungstendenzen; S. 62

RENAUD, S. 31, und m.w.N. auf S. 18 in FN 30

2) RG Z 75, 325 (327); RG Z 94, 157 (159)

RAG ARS 16, 281 (283); RAG ARS 19, 210

RAG ARS 29, 380 (382)

3) z.B. HUECK-NIPPERDEY, Lehrbuch 3 /5.Aufl., 1931, S. 213:

"Die Pension ist der Teil der Vergütung, der erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt wird."

4) vgl. dazu:

v.ARNIM, Die Verfallbarkeit von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften, 1970, S. 81

Nach dem zweiten Weltkrieg v e r l o r die Fürsorgetheorie als Rechtsgrundlage des Ruhegeldes - im Gegensatz zum Urlaubsrecht - erheblich an Bedeutung.

So vertrat der BGH bereits im Jahre 1952¹⁾ die Ansicht, daß das betriebliche Ruhegeld als Arbeitsentgelt zu qualifizieren sei. Demgegenüber zögerte das BAG zunächst noch, zur Entgelttheorie der Weimarer Zeit zurückzukehren. So stellte es noch 1965 fest, daß es offenbleiben könne, "ob das Ruhegeld eine Leistung freiwillig übernommener Fürsorge, oder ob es eine besondere Form des Arbeitsentgelts ist, oder ob sein Rechtscharakter durch den Versorgungs- und den Entgeltcharakter gleichermaßen bestimmt wird."²⁾ Ähnlich vage ist die Formulierung in AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt:

"...Ruhegelder werden als Ausfluß der Fürsorgepflicht gewährt, wobei viel dafür spricht, daß sie noch eine unmittelbare Beziehung als Gegenleistung zu den früheren Diensten in sich tragen."

Im Jahre 1969 vergleicht das BAG einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitgeber ihm einen Anspruch gegen eine selbständige Versorgungseinrichtung verspricht, mit dem Käufer einer Forderung:

"Für ihn bedeutet die Versorgungszusage vielfach, daß er sie mit seiner Arbeitsleistung erkauft; er betrachtet sie als einen Bestandteil seiner Arbeitsvergütung, deren Auszahlung er nicht sofort, sondern für den Versorgungsfall erwartet, und auf die er seine Arbeit quasi im voraus leistet."³⁾

1) BGH, Urteil vom 15.12.1952 = BGH Z 4, 197 (199)

2) BAG, AP Nr. 99 zu § 242 BGB Ruhegehalt

3) BAG, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Ruhegehalt VBL
mit Anmerkung von WEITNAUER/v.ARNIM

Im Schrifttum wird teils der Fürsorgecharakter¹⁾, heute aber fast ausschließlich der Entgeltcharakter des Ruhegeldes²⁾ betont.

SCHAUB, Richter am BAG, vertritt genau wie sein Richterkollege NEUMANN bei der rechtlichen Einordnung des Urlaubs die sog. *M i s c h* theorie, Entgelt- und Fürsorgecharakter.³⁾

Stellt man auf die Funktion des betrieblichen Ruhegeldes ab, so ergibt sich eine eindeutige Zuordnung des Rechtscharakters.

Hauptargument sind hier soziologische Tatsachen: Der Arbeitgeber zahlt Ruhegelder, um Arbeitskräfte zu gewinnen und zu binden.⁴⁾ Der Arbeitgeber verhindert oder mindert zumindest die mit der Fluktuation von Arbeitskräften verbundenen erheblichen Kosten. Schon aus diesem Grund stellt sich das Ruhegeld nicht als Fürsorgemaßnahme, sondern als eine teilweise Weitergabe der aus der Ersparnis von Anlernkosten dem Arbeitgeber zugewachsenen wirtschaftlichen Vorteile aus langwährenden Arbeitsverträgen dar.⁵⁾

1) vgl. die Nachweise bei:

NIKISCH, S. 572 FN 7

HILGER, Das betriebliche Ruhegeld, 1959, S. 21 ff FN 6

2) v.ARNIM, S. 84

GRUNSKY, Der Entzug eines vertraglichen Ruhegeldanspruchs nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in: JuS 1970, 16 ff

SÄCKER, Die Rechtsprechung des BAG im Jahre 1969, in: Jura 1970, 165 (178)

SCHWERDTNER, S. 149 ff

RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 61 ff

WIEDEMANN, Ruhegeldanwartschaft und Kündigung, in: RdA 1969, 244 (245)

SÖLLNER, Arbeitsrecht, 6.Aufl., 1978, S. 221

3) SCHAUB, Arbeitsrechtshandbuch, 4.Aufl., 1980, S. 381

4) v.ARNIM, S. 90

SCHWERDTNER, S. 150

5) so auch SCHWERDTNER, S. 151

Andererseits stellt die Möglichkeit des Erwerbs von Altersruhegeldansprüchen für den Arbeitnehmer einen nicht zu unterschätzenden Faktor bei der Wahl des Arbeitsplatzes dar.¹⁾ Auch die Vertreter der Fürsorgetheorie konzedieren, daß die Inaussichtstellung eines betrieblichen Altersruhegeldes den Entschluß des Arbeitnehmers, ein Arbeitsverhältnis auf lange Dauer einzugehen, wesentlich beeinflußt. Sie bestreiten hingegen, daß dies für den Rechtscharakter einer Leistung erheblich sei, da die Entschlüsse der Arbeitnehmer noch von anderen sozialen Leistungen, die nicht als Entgelt zu qualifizieren seien, bestimmt würden.²⁾ Diese Ansicht wird aber schon durch die Rechtsprechung entkräftet, die in anderen sozialen Leistungen des Arbeitgebers - wie z.B. Gratifikationen unter Rückzahlungsvorbehalt - entgeltliche Leistungen sieht.³⁾

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß der Arbeitgeber betriebliche Ruhegelder um der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers willen verspricht. Damit ist auch das Ruhegeld als Entgelt im Sinne einer Gegenleistung für die vom Arbeitgeber bis zum Eintritt in den Ruhestand im Rahmen des Austauschverhältnisses Arbeitsvertrag erbrachten Arbeitsleistungen zu

1) v. ARNIM, S. 90

2) z.B. NIKISCH, S. 573

3) Bei den im "konjunkturbedingten Ringen" um die dem Arbeitnehmer gezahlten Zuwendungen, die im Rahmen eines "echten Austauschverhältnisses - do ut des -" gewährt werden, handelt es sich - wie bei der Gratifikation - um entgeltliche Leistungen.

vgl.:

BAG AP Nr. 36 zu § 611 BGB Gratifikation

qualifizieren.¹⁾

Auch die Rechtsprechung des BAG hat sich mittlerweile geändert. Das Gericht betont zunehmend den Entgeltcharakter des Ruhegeldanspruchs:

Das Ruhegeld ist "Gegenleistung dafür, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung während seines ganzen oder eines erheblichen Teiles seines Berufslebens in die Dienste des Arbeitgebers gestellt hat, der ihm ein Ruhegeld zugesagt hat."²⁾

Zuletzt sei noch ein Wort zur unterschiedlichen Rechtsauffassung in der Rechtsprechung beim Urlaubsanspruch und beim betrieblichen Ruhegeld gesagt, da der Urlaubsanspruch auf den ersten Blick noch mehr als das Ruhegeld als zwingender Bestandteil des Arbeitsvertrages erscheint. Diese Entwicklung resultiert aus der Behandlung des Hauptproblems des Ruhegeldrechts bis zum Erlaß des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19.12.1974³⁾, nämlich der Frage, ob eine Vereinbarung wirksam ist, die den Verfall der Ruhegeldanwartschaft für den Fall vorsieht, daß der Arbeitnehmer beim Eintritt des Versorgungsfalles nicht mehr in Diensten des Arbeitgebers steht.

1) Die Unhaltbarkeit der Fürsorgetheorie verdeutlicht auch die folgende Pointierung SCHWERDTNER's, S. 153:

"Soll sich ein Arbeitnehmer, der nicht ein ganzes Arbeitsleben in einem bestimmten Unternehmen zugebracht hat, und der nunmehr in seinem Ruhestand ein Ruhegeld in Höhe von 100 DM im Monat bezieht, sagen lassen müssen, er habe diese Zuwendung nicht verdient, sie beruhe vielmehr auf der Fürsorge seines Arbeitgebers?"

2) BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt

3) BGBI, I, S. 3610

Die vor dem Erlaß des Gesetzes von zahlreichen Autoren vertretene Auffassung von der Unverfallbarkeit betrieblicher Ruhegelder wurde auf den Entgeltcharakter des Ruhegeldes gestützt.

Denn Verfallbarkeit und Charakterisierung des Ruhegeldes als Entgelt schließen sich aus.

Die Entscheidung für den Entgeltcharakter des Ruhegeldanspruchs galt als strategische Vorentscheidung für die Anerkennung oder Ablehnung der Verfallbarkeit.¹⁾ Das gewünschte Ergebnis der Unverfallbarkeit - heute gesetzlich im ersten Teil des BetrAVG normiert - schlug auf die Qualifizierung des Charakters des Ruhegeldanspruchs zurück.²⁾

Bei der Charakterisierung des Urlaubsanspruchs war die Vorwegnahme des gewünschten Ergebnisses durch theoretische Weichenstellung nicht notwendig.

Hier wurde der Streit um den Entgelt- bzw Fürsorgecharakter des Urlaubsanspruchs des Arbeitnehmers deshalb nicht so evident, weil die Frage des Entstehens und Erlöschens dieses Anspruchs nach dem zweiten Weltkrieg zunächst in den Landesurlaubsgesetzen und schließlich 1963 im Bundesurlaubsgesetz geregelt wurde.

1) RENAUD, S. 19

2) v.ARNIM, S. 80

4. Der Lohnfortzahlungsanspruch

Wie oben dargestellt¹⁾, ist der Lohn die Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung.

Daher gilt der Grundsatz: ohne Arbeit kein Lohn (§ 323 I BGB). Zahlt der Arbeitgeber, z.B. aufgrund des Lohnfortzahlungsgesetzes, unter Durchbrechung dieses Prinzips dem Arbeitnehmer während einer Zeit, in der dieser keine Arbeitsleistungen erbringt, den Lohn fort, stellt sich die Frage nach der dogmatischen Einordnung dieser Lohnfortzahlung.

Auch hier faßte die herrschende Lehre den Anspruch des Arbeitnehmers als Ausfluß der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf.²⁾

Es ist mehr als fraglich, ob diese Ansicht zutreffend ist. Fraglos braucht der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Arbeitsunfähigkeit ein Einkommen, das ihm und seiner Familie den Lebensunterhalt gewährt. Aber er ist hier nicht auf die Fürsorge des Arbeitgebers angewiesen, sondern er kann sich die benötigten Leistungen erkaufen.³⁾

1) vgl. oben S. 72

2) z.B.:

SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., § 616 BGB Anm. 2
HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 324 FN 1

Ebenso die Rechtsprechung des BAG (BAG E 8, 285, 297):

"....daß gerade hier maßgebende Prinzip, die personenrechtliche Struktur des Arbeitsverhältnisses, zur Geltung komme."

vgl. auch: BAG AP Nr. 25 zu § 1 LohnFG

3) BGH Z 43, 383 :

"Dieser Schutz (gemeint ist der durch die Sozialversicherung gewährte) wird durch die geleistete Arbeit erworben."

Zwar könnte sich der Arbeitnehmer durch Abschluß einer privaten Tagegeldversicherung (Summenversicherung), die ihm für jeden "arbeitsunfähigen" Tag eine seinem Lohn entsprechende Summe auszahlt, absichern.¹⁾ Dies ist aber nicht notwendig, da die Arbeits- und Sozialgesetzgebung, die durch die Tarifverträge der Sozialpartner ergänzt wird, durch zwingendes und dispositives Recht ein umfassendes Netz von Normen zum Schutz der Interessen des Arbeitnehmers geschaffen hat. Dies trifft vor allem auf die durch die RVO geschaffene Sozialversicherung zu, die im Falle von Krankheit und Invalidität dem Arbeitnehmer eine Versorgung garantiert. Ursprüngliche Intention der Normen der §§ 616 BGB, 63 HGB, 133 c GewO war es, dem Arbeitnehmer für eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit", in der er ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert war, den Lohn zu sichern. Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Vorschriften änderte sich durch die Notverordnungen vom 26.7.1930²⁾, 1.12.1930³⁾ und vom 5.6.1931⁴⁾, indem sie zu zwingendem Recht gemacht wurden. Gleichzeitig wurde § 189 RVO dahingehend geändert, daß der Anspruch auf Krankengeld ruhe, wenn und soweit der versicherte Arbeitnehmer während der Krankheit Arbeitsentgelt erhalte. Diese Maßnahme, die die Versorgungslast für regelmäßig sechs Wochen auf den Arbeitgeber zur Folge hatte, diente erklärtermaßen der Sanierung des Sozialversicherungsträgers. Hierdurch wurde aber weder wirtschaftlich noch juristisch der Zweck des Versorgungsanspruchs des Arbeitnehmers während der Zeit seiner Arbeits-

1) vgl. EHMANN, Die Gesamtschuld, 1972, S. 257

2) RGBl I 311

3) RGBl I 518

4) RGBl I 279

unfähigkeit verändert. Denn es ist gleichgültig, ob der Arbeitnehmer eine Krankentagegeldversicherung abschließt oder ob er freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtung sozialversichert ist, um Krankengeld zu erhalten, oder ob er mit seinem Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit der Arbeitsunfähigkeit eine Lohnfortzahlung vereinbart, oder ob ihm solche Vereinbarungen durch zwingendes oder dispositives Recht oder durch Tarifvertrag abgenommen werden - immer hat der Arbeitnehmer dafür Versicherungsprämien oder Sozialversicherungsbeiträge zu leisten, oder aber es wird der wirtschaftliche Wert der Lohnfortzahlung in seinen Lohn eingekalkuliert.¹⁾

EHMANN²⁾ weist weiter darauf hin, daß heute für den Überwiegenden Teil der Arbeitnehmer die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zwischen den Sozialpartnern aufgrund wissenschaftlicher Statistiken und Prognosen bis ins Detail ausgehandelt werden. Genau wie jeder Urlaubstag, der zusätzlich gewährt wird, oder jede Arbeitsstunde, die weniger zu leisten ist, genau in Prozentteile des Stundeslohnes umgerechnet werden, so wird auch die statistisch mit annähernder Genauigkeit zu ermittelnde Belastung für Lohnfortzahlungsaufwendungen ein **K a l k u l a - t i o n s f a k t o r d e s L o h n s**. Die Lohnfortzahlung erweist sich somit als annähernd exakt zu ermittelnder Teil der Leistung des Arbeitgebers. Dies gilt auch dann, wenn die Lohnfortzahlung auf individueller Vereinbarung oder auf dispositivem Recht oder zwingenden gesetzlichen Normen beruht (§§ 616 II, III BGB, dem Lohnfortzahlungsgesetz, § 63 HGB, § 133 c GewO).

1) vgl.: EHMANN, S. 258

2) EHMANN, S. 258

Auch besteht kein grundlegender Unterschied zwischen dem Zweck der Ansprüche auf Tagegeld gegen den Privatversicherer oder auf Krankengeld gegen den Sozialversicherungsträger sowie auf Lohnfortzahlung gegen den Arbeitgeber. Der Unterschied besteht jedoch im Umfang der Versorgungsleistung und in der Höhe der hierfür vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen in Form von Prämien, Beiträgen oder Lohnneinbehalt. Die Privatversicherung errechnet die Prämie nach versicherungstechnischen Grundsätzen und Erfahrungen (Statistiken); hierbei ist stets ein Gewinn mit einkalkuliert. Die Sozialversicherungsträger erstreben zwar keinen Gewinn, nehmen dafür aber eine gewisse soziale Verteilung vor. Der Arbeitgeber kann damit rechnen, daß die ausfallende Arbeitsleistung wenigstens zum Teil von anderen Arbeitnehmern mitgetragen wird. Auf diese Weise ist er in der Lage, für die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, die grundsätzlich sechs Wochen nicht übersteigt, "den Lohn zum günstigsten Preis fortzahlen" zu können.¹⁾

Daß die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht Grundlage der Lohnfortzahlung ist, zeigt sich ganz deutlich am Beispiel der Selbständigen, die weder privat- noch sozialversichert sind. Obwohl auch dieser Personenkreis von täglicher Arbeit seinen Lebensunterhalt bestreitet, steht ihm nur die allgemeine Hilfe nach dem Sozialhilfegesetz zu. Daß diese Personen - wie z.B. Handwerker, Rechtsanwälte etc - keine Versorgung während der Zeit ihrer Arbeitsunfähigkeit erhalten, ist nur folgendermaßen zu rechtfertigen: Da sie in der Zeit ihrer Erwerbsfähigkeit keine Leistungen erbracht haben, erhalten sie keinen

1) EHMANN, S. 259

Anspruch auf Gegenleistung für die Zeit ihrer Erwerbsunfähigkeit.

Damit steht als Ergebnis fest, daß der Lohnfortzahlungsanspruch - wie ein privater Versicherungsanspruch oder ein Anspruch auf Leistungen der Sozialversicherung - ein vom Arbeitnehmer erkaufter Schutzanspruch ist.¹⁾

5. Zwischenergebnis

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die sozialen Verpflichtungen des Arbeitgebers, wie z.B. die Pflicht zur Urlaubserteilung oder zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall oder die Gewährung eines betrieblichen Altersruhegeldes höchst unterschiedliche Voraussetzungen, verschiedene Inhalte und Zwecke haben.

Es ist daher dogmatisch unsinnig, sie auf "eine weitere Abstraktionsstufe durch Annahme einer sie umfassenden Fürsorgepflicht zu überhöhen,"²⁾ zumal nachgewiesen wurde, daß sie sich auf die schuldrechtliche Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers zurückführen lassen.

1) so schon EHMANN, S. 259

2) so (auch) RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 62

II Die mit der Treuepflicht begründeten Pflichten des Arbeitnehmers

Es wurde schon oben festgestellt¹⁾, daß der Arbeitnehmer aufgrund seiner ihm obliegenden Interessenwahrungspflicht neben seiner Pflicht zur Erbringung der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung noch ein Tun oder Unterlassen gewisser Handlungen schuldet, die im engen Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Organisation "Betrieb" stehen.

Nachfolgend soll nun anhand einiger Institute, deren Existenz herkömmlich mit der Treuepflicht begründet wird, untersucht werden, ob es neben der Pflicht zur Arbeitsleistung und den Interessenwahrungspflichten des Arbeitnehmers überhaupt noch gesondert einer selbständigen, allgemeinen Treuepflicht bedarf. Hierbei sei wiederum vorweggeschickt, daß es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann, eine vollständige Kasuistik sämtlicher, unter der Flagge der "Treuepflicht" segelnden, Pflichten des Arbeitnehmers darzustellen. In diesem Zusammenhang sei noch einmal auf die Arbeit KRAMER's²⁾ und deren Besprechung durch SCHWERTNER³⁾ hingewiesen.

1. Die Schweigepflicht

Bislang wurde die Pflicht des Arbeitnehmers zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse als Ausfluß der Treuepflicht angesehen. Der Arbeitnehmer soll qua Treuepflicht sogar über die Norm des § 17 I UWG

1) siehe S. 120

2) KRAMER, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung

3) SCHWERTNER, ZfA 1979, 1 ff

hinaus¹⁾ zur Geheimhaltung von Bezugsquellen, Kalkulationen, Umsatzzahlen, Kundenlisten und sonstigen Betriebsgeheimnissen verpflichtet sein.²⁾

Doch bedarf es zur dogmatischen Begründung dieser Herleitung nicht. Zum ersten können nur solche Tatsachen als geheim gelten, die nicht offenkundig sind. Nicht offenkundig heißt, daß die betreffenden Tatsachen nur einem bestimmten Kreis von "Mitwissern" zugänglich sind.³⁾ Folglich geht der Geheimnischarakter verloren, wenn der Gegenstand zum Patent angemeldet oder in einer Fachzeitschrift besprochen wird. Mithin sind allgemein bekannte und übliche Verfahren oder Tatsachen keine Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, auch wenn der Arbeitgeber sie als solche bezeichnet.⁴⁾

1) Zur Frage des Verhältnisses der arbeitsrechtlichen zur wettbewerbsrechtlichen (strafrechtlich sanktionierten) Geheimhaltungspflicht, vgl: HÜRHOFF, S. 185 ff

2) BAG E 19, 55 (63) = AP Nr. 1 zu § 611 BGB
Schweigepflicht
HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 244
NIKISCH, S. 454
PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm. 4 b
SCHAUB, S. 235 ff
SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., § 611 BGB Anm. 73
STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB Anm. 163
HÜRHOFF, S. 181
MONJAU, Die Schweigepflicht des Arbeitnehmers, in: DB 1956, 232
Für Auszubildende gilt Entsprechendes, vgl. § 9 Nr. 6 BBiG

3) BGH AP Nr. 1 zu § 17 UWG

4) STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB Anm. 163
SCHAUB, S. 236
BGH AP Nr. 1 zu § 17 UWG

Zum zweiten, was gerade im Hinblick auf die Treuepflicht entscheidend ist, liegt der Sinn der dem Arbeitnehmer auferlegten Pflicht zur Bewahrung von Geschäftsgeheimnissen in der Erhaltung des Betriebes. Die Verschwiegenheitspflicht obliegt dem Arbeitnehmer demzufolge im Interesse der Erhaltung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes des Arbeitgebers¹⁾; die Verschwiegenheitspflicht stellt sich demnach als Interessenwahrungspflicht des Arbeitnehmers dar.²⁾

2. Das Verbot der Schmiergeldannahme

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, den Arbeitgeber in und bei der Ausführung der Arbeit umfassend zu beraten.³⁾

Die notwendige, unbefangene Beratung ist aber dann nicht mehr gewährleistet, wenn der Arbeitnehmer Schmiergelder, Geschenke oder sonstige Vorteile entgegennimmt. Deshalb obliegt dem Arbeitnehmer die Pflicht, Schmiergelder nicht anzunehmen.

Es ist nach dem soeben Gesagten evident, daß es sich auch hier nicht um eine besondere, aus der allgemeinen Treuepflicht fließende Treuepflicht, sondern um eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht handelt:

-
- 1) MOOS, Nachwirkende Vertragspflichten aus Arbeitsverhältnissen, in: RdA 1962, 301 (306)
 - 2) Der hier vertretenen Auffassung zum Inhalt der Verschwiegenheitspflicht entspricht auch § 80 des Entwurfs eines Arbeitsgesetzbuches der Arbeitsgesetzbuchkommission.

Zu den Einzelheiten der Verschwiegenheitspflicht, auf die hier aus den dargelegten Gründen nicht näher eingegangen werden kann, vgl. die ausführliche Darstellung bei SCHAUB, S. 235 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

- 3) SCHAUB, S. 234

die Pflicht, alles zu unterlassen, was die Durchführung des abgeschlossenen Arbeitsvertrages vereiteln oder erschweren kann.

Erlaubt ist dagegen die Annahme gebräuchlicher Gelegenheitsgeschenke (z.B. Kalender) und - soweit branchenüblich - die Annahme von Trinkgeldern.¹⁾

Eine Besonderheit gilt bei Angestellten hinsichtlich von Schmiergeldern zu Wettbewerbszwecken. Hier greift die Norm des § 12 UWG ein, die mit Wirkung vom 1.1.1975²⁾ den Vorschriften des 29. Abschnitts des StGB (§§ 331 ff StGB) nachgebildet worden ist: Werden Schmiergelder, Geschenke oder sonstige Vorteile im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs angeboten, versprochen oder gewährt, um den Angestellten zu einem unlauteren Verhalten zu bewegen, oder werden diese vom Angestellten entgegengenommen, gefordert oder ein entsprechendes Versprechen angenommen, so machen sich Bestechender wie Bestochener strafbar, § 12 UWG.

Der Heranziehung der allgemeinen Treuepflicht bedarf es also - wie dargelegt - auch hier nicht.

3. Die Schutzpflichten

Nach der überkommenen Ansicht soll der Arbeitnehmer aufgrund der ihm obliegenden Treuepflicht verpflichtet sein, mit dem ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Arbeitsgerät pfleglich umzugehen, Betriebsmittel sparsam zu verwenden und ihre Beschädigung oder die Gefährdung der Vermögenswerte des

1) SCHAUB, S. 234

2) Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974, BGBl I 1974, 469

Arbeitgebers zu vermeiden.¹⁾ Zur Abwendung von Gefährdungen des Arbeitgebervermögens soll der Arbeitnehmer - ebenfalls aufgrund seiner Treuepflicht - verpflichtet sein, in ausgesprochenen Notfällen Überstunden zu leisten,²⁾ und vorübergehend andere als die vertraglich vereinbarte Arbeit zu verrichten.³⁾ Dies gilt insbesondere bei Bränden, Explosionen, Überschwemmungen⁴⁾ oder dann, wenn Rohstoffe oder Lebensmittel zu verderben oder Arbeitserzeugnisse zu mißlingen drohen.⁵⁾ Auch soll der Arbeitnehmer aufgrund der ihm obliegenden Treuepflicht gehalten sein, ihm bei seiner Arbeitsleistung auffallende, bereits entstandene oder drohende Schäden, insbesondere Betriebs- oder Maschinenstörungen, Material- und Werkzeugmängel unverzüglich seinem Arbeitgeber bzw. seinem Vorgesetzten mitzuteilen⁶⁾ bzw. selbst tätig zu werden.⁷⁾

-
- 1) PALANDT-PUTZO, § 611 BGB Anm 4 a
RUHIG, Die Nebenpflichten im Schuldrecht,
1968, S. 142
NIKISCH, S. 449
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdn 120
 - 2) BGH Z 33, 20 (36)
HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 211
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdn 120
SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., § 611 BGB Anm.47
STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB,
Anm. 127
 - 3) NIKISCH, S. 285 und 448
SCHAUB, S. 186
HUECK-NIPPERDEY, a.a.O., S. 201
SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., § 611 BGB Anm.41
STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB,
Anm. 111 m.w.N.
 - 4) DENECKE/NEUMANN, § 14 AZO, Anm. 6
 - 5) vgl. § 14 I AZO
 - 6) SCHAUB, S. 231 m.w.N.
 - 7) ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 118

Zur Begründung der aufgezählten Pflichten des Arbeitnehmers bedarf es indessen nicht der Konstruktion einer besonderen Treuepflicht. Infolge des Arbeitsvertrages erhält der Arbeitnehmer die unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des Arbeitgebers. Wie oben¹⁾ bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung innerhalb einer für ihn fremden Organisation erbringt, die Pflicht, auf deren Funktionsfähigkeit Rücksicht zu nehmen. Diese Handlungs- und Unterlassungspflichten stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Arbeitsleistungspflicht und stellen nichts anderes dar als die Verpflichtung, die jedem Partner in jedem Schuldverhältnis obliegt: die Erfüllung des Vertrages im weitesten Sinn nicht zu beeinträchtigen.

4. Die Unterlassung von Wettbewerb während des Bestehens des Arbeitsverhältnisses

Es wurde schon mehrfach erwähnt, daß der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses Einblick in den Geschäfts- bzw. Produktionsablauf des Betriebes erhält; ihm sind zudem oft wertvolle Maschinen und Arbeitsgeräte anvertraut und die Möglichkeit der Kenntniserlangung von Geschäftsgeheimnissen eröffnet.

Insoweit hat sich der Arbeitgeber "mit für ihn wesentlichen Werten und Chancen partiell in den Herrschaftsbereich des Arbeitnehmers begeben."²⁾

Insofern ergibt sich die arbeitsvertragliche Nebenpflicht für den Arbeitnehmer, Wettbewerbstätigkeiten dann zu unterlassen, wenn diese sich erst mit der

1) vgl. S. 119

2) HANAU/ADOMEIT, S. 130

zu erbringende Arbeitsleistung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht mehr vereinbaren lassen.¹⁾

Als Beispiele seien hier Wettbewerbstätigkeiten genannt, die unter Verwendung derjenigen Arbeitsergebnisse, die sich aus der dem Arbeitgeber geschuldeten Arbeitsleistung des Arbeitnehmers oder während der Arbeitszeit mit Hilfe der dem Arbeitnehmer zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel oder Geschäftsgeheimnisse ergeben, erfolgen.

Diese Verpflichtung des Arbeitnehmers folgt nicht aus der überkommenen Treuepflicht²⁾, sondern ist eine vom Grundsatz von Treu und Glauben herzuleitende Rücksichtspflicht (=Nebenpflicht) des Arbeitnehmers auf die Interessen des Arbeitgebers.³⁾

Gesetzlich normiert ist diese Pflicht nur für Handlungsgehilfen, § 60 HGB. Da sie aber auf einem allgemeinen Grundsatz beruht, der jedem Arbeitsverhältnis immanent ist, hat das BAG diese Pflicht auf alle anderen Arbeitsverhältnisse ausgedehnt.⁴⁾

1) so auch KEMPF, Gilbert, DB 1979, 790 (792)

2) so aber noch:

NIKISCH, S. 273

ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdn 118

SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10.Aufl., § 611 BGB, Anm.49

STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB, Anm. 152

3) ZÖLLNER, Arbeitsrecht, S. 116

RICHARDI, Entwicklungstendenzen, S. 64

KEMPF, DB 1979, 792

SCHWERDTNER, ZfA 1979, 31

HANAU/ADOMEIT, S. 130

4) BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel

dazu: GUMPERT, BB 1970, 178

SEITER, ZfA 1970, 404 ff

Zu weiteren Pflichten aus der "Treuepflicht des Arbeitnehmers" vgl.: KEMPF, DB 1979, 790

Zur Meinungsfreiheit insbesondere:

VOLL, Meinungsfreiheit und Treuepflicht, 1975

Somit erweist sich auch bezüglich der dem Arbeitnehmer neben seiner Arbeitsleistung obliegenden Pflichten das Institut einer arbeitsrechtlichen Treuepflicht als überflüssig. Diese Pflichten lassen sich auf die jedem Schuldverhältnis innewohnenden Interessenwahrungspflichten zurückführen.

III Die nachvertraglichen Pflichten beider Arbeitsvertragsparteien

Wie bei jedem Schuldverhältnis den Vertragsparteien vor dem Abschluß und nach der Beendigung des Vertrages zahlreiche Pflichten obliegen, so gilt dies selbstverständlich auch für die Vertragsparteien des Arbeitsvertrages.

Ohne auf Einzelheiten eingehen zu können, seien aus dem vorvertraglichen Stadium die Aufklärungs- und Mitteilungspflichten genannt, die es beiden Vertragspartnern zur Pflicht machen, den jeweils anderen auf Umstände aufmerksam zu machen, die für seine Willensentschließung von (erkennbarer) wesentlicher Bedeutung sind, oder die sich auf den Schutz von Person, Eigentum und Vermögen des anderen Teils richtenden Sorgfalts- und Obhutspflichten. Aus dem nachvertraglichen Stadium seien hier nur die Pflicht zur Herausgabe von Arbeitsunterlagen und -gerät sowie die Pflicht zu loyalen Verhalten und die Verschwiegenheitspflicht über Betriebsinterna¹⁾ auf der Seite des Arbeitnehmers sowie die Pflicht zur Zeugniserteilung und die Auskunftspflicht seitens des Arbeitgebers genannt.

1) vgl. dazu: BGH NJW 1981, 1089 ff ("Fall Wallraff")
Der BGH sieht die Pflicht zu loyalen Verhalten und zur Verschwiegenheit als nachvertragliche Treuepflicht an.

Manche dieser Pflichten, wie z.B. die Pflicht zur Zeugniserteilung (§ 630 BGB), sind gesetzlich geregelt und brauchen daher ohnehin nicht mit einer Treuepflicht des Arbeitgebers begründet zu werden.¹⁾ Die beiden Vertragsparteien obliegenden vorvertraglichen Pflichten bedürfen zu ihrer Begründung ebenfalls keiner Rückführung auf die Fürsorge- und Treuepflicht, sondern folgen hier ganz offensichtlich den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln. Problematischer erscheint dagegen das nachvertragliche Stadium, da das Arbeitsverhältnis eben hier doch anders "dimensioniert" ist als die meisten anderen Schuldverhältnisse. Auch hier kann nicht auf Einzelheiten eingegangen werden.²⁾ Es soll aber trotzdem versucht werden, kurz nachzuweisen, daß auch hier nicht auf die überkommene Fürsorge- und Treuepflicht rekuriert zu werden braucht.

In allen einschlägigen Lehrbüchern und Kommentaren zum Arbeitsrecht findet sich die Formulierung, daß das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder Zeitablauf endet. Dies ist unkorrekt und auf "die Unbeholfenheit unserer Sprache"³⁾ zurückzuführen. Denn aus den vorgenannten Gründen endet ja nicht das Schuldverhältnis "Arbeitsverhältnis" in toto, wie schon allein durch die Pflicht zur Zeugniserteilung dokumentiert wird. Beendet wird nur der Teil der Rahmenbeziehung "Dauerschuldverhältnis", der die jeweilige Neuentstehung der Hauptpflichten beinhaltet. Die restlichen Teile bleiben durch Kündigung und Zeitablauf grundsätzlich ausgenommen. Es besteht

1) so auch ZÖLLNER, Die vorvertragliche und die nachwirkende Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, S. 91

2) vgl. zu diesem Problemkreis eingehend: ZÖLLNER, S. 91 m.w.N.

3) ZÖLLNER, S. 96

daher ein Teil des Rechtsverhältnisses fort.
Deshalb ist es auch nicht ganz korrekt, wenn man
- wie oft - von nachwirkenden Pflichten spricht.
Es wirkt insofern nichts nach, sondern besteht
fort.¹⁾

Wie oben bereits angedeutet, treten zu den schon
bestehenden Pflichten neue hinzu, die gerade erst
durch die Beendigung der Hauptleistungspflichten
"aktiviert" werden - wie die schon erwähnte Pflicht
zur Zeugniserteilung oder eventuell die Pflicht
zur Altersversorgung.

Es läßt sich also feststellen, daß nach Ablauf
der Vertragslaufzeit oder nach dem zeitlichen Wirk-
samwerden der Kündigung das Arbeitsverhältnis mit
verringertem bzw. veränderten Inhalt fortbesteht.²⁾

In Parallelität zum Gesellschaftsverhältnis läßt
sich bezüglich des Dauerschuldverhältnisses
"Arbeitsverhältnis" sagen, daß es durch den Zeit-
eintritt des "Endtermins" nicht in vollem Umfang
beendet, sondern lediglich aufgelöst wird; es ge-
langt automatisch in ein neues Stadium:

An die Stelle der von beiden Vertragsparteien aktiv
verfolgten Zwecke der Erlangung der Gegenleistung
treten Erhaltungs- und Abwicklungszwecke.³⁾

Fraglich ist, inwieweit sich die Interessenwahrungs-
pflichten der Vertragsparteien ändern.

Aus der Einwirkungsmöglichkeit der Vertragsparteien
auf die Rechtsgüter des jeweils anderen Vertrags-
partners ergeben sich die sog. Schutzpflichten des
Arbeitnehmers und des Arbeitgebers.

Soweit nun die Auflösung des Arbeitsvertrages die
Einwirkungsmöglichkeit der Vertragsparteien auf die
Rechtsgüter des jeweils anderen Teils nicht ändert,

1) vgl. ZÖLLNER, S. 96

2) vgl. für Dauerschuldverhältnisse allgemein:
ESSER, Schuldrecht Bd. 1, S. 30 ff

3) so auch ZÖLLNER, S. 97

ändert sich auch der Inhalt der Schutzpflichten nicht. So besteht z.B. die Verkehrssicherungspflicht des Arbeitgebers für den firmeneigenen Parkplatz für Arbeitnehmer¹⁾ als Schutzpflicht des Arbeitgebers unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer seinen PKW während der Laufzeit des Arbeitsverhältnisses oder nach Vertragsauflösung zwecks Abholung seiner Arbeitspapiere auf diesem abstellt.²⁾

Gerade dieses Beispiel zeigt, daß es entbehrlich ist, eine eigenständige "nachvertragliche oder nachwirkende Fürsorge- und Treuepflicht" heranzuziehen, da ein großer Teil der beiderseitigen Interessenwahrungspflichten auch nach Vertragsauflösung fortbestehen. Die Pflichten hingegen, die erst neu nach diesem Zeitpunkt entstehen, lassen sich ebenfalls mühelos ohne Fürsorge- und Treuepflicht begründen, da sie untrennbar mit der Arbeitsleistung und der dafür zu zahlenden Vergütung verknüpft sind, z.B. Werkzeugrückgabe und Herausgabe der Arbeitspapiere.

Abschließend sei noch kurz auf das besondere Problem des sog. "nachvertraglichen Wettbewerbsverbots" eingegangen.

Nach Beendigung seiner Hauptleistungspflicht "Erbringung der Arbeitsleistung" ist der Arbeitnehmer grundsätzlich frei, ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen, d.h. genauer gesagt, einem neuen Arbeitgeber seine Arbeitsleistung anzubieten bzw. sich selbständig zu machen.³⁾ Oft hat der Arbeitgeber aber ein erhebliches und berechtigtes

1) Diese Pflicht soll nach HUECK, Anmerkung zu AP Nr. 58 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, einen Ausfluß der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darstellen.

2) vgl. ZÖLLNER, S. 99

3) vgl. statt aller: NIKISCH, S. 458 : "Es handelt sich um ganz normale Vorgänge des Arbeitslebens, mit denen jeder Arbeitgeber rechnen muß."

Interesse, sich seinen ehemaligen Arbeitnehmer wenigstens für eine gewisse Zeit und innerhalb bestimmter Gebiete als Konkurrenten fernzuhalten. Wägt man dieses Interesse des Arbeitgebers gegen das des Arbeitnehmers ab, der natürlich an seinem beruflichen Fortkommen interessiert ist, so überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers.¹⁾ Aus diesem Grund wird von der gesamten Arbeitsrechtswissenschaft ein "nachvertragliches" Wettbewerbsverbot, das aus der Treuepflicht resultiert, abgelehnt.²⁾ Allerdings wird von der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung³⁾ der Abschluß eines "nachvertraglichen" Wettbewerbsverbots durch einen selbständigen Vertrag gegen Zahlung einer sog. Karenzentschädigung für eine Dauer von zwei Jahren bejaht.

Hier war nur festzustellen, daß es ein aus einer Treuepflicht des Arbeitnehmers resultierendes nachvertragliches Wettbewerbsverbot nicht gibt. Hingegen kann nicht Thema dieser Arbeit sein, ob dieses Rechtsinstitut verfassungsgemäß ist, zumal dies, wie ACHTERBERG⁴⁾ feststellt, unausweichlich zur "Konfron-

1) absolut herrschende Meinung; statt aller:
NIKISCH, S. 458 ff
BAG AP Nr. 10 zu § 74 HGB

2) HUECK-NIPPERDEY, S. 252
SCHAUB, S. 248
ERMAN-KÜCHENHOFF, § 611 BGB Rdn 130
SOERGEL-WLOTZKE-VOLZE, 10. Aufl., § 611 BGB, Anm. 80
STAUDINGER-NIPPERDEY-MOHNEN-NEUMANN, § 611 BGB, Anm. 167
NIKISCH, S. 458
MOOS, RdA 1962, 301 (305 ff)
BAG AP Nr. 10 zu § 74 HGB

3) BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel

4) ACHTERBERG, Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot in verfassungsrechtlicher Sicht, in:
JZ 1975, 713 (717)

tation mit der Drittwirkungsproblematik" führt.¹⁾
Eine Auseinandersetzung mit diesem Problem würde
den Rahmen dieser Arbeit sprengen.²⁾

-
- 1) Zur Auffassung des BAG zur Drittwirkung von Grundrechten vgl. neuestens:
SCHOLZ, Bundesarbeitsgericht und Arbeitsverfassung, in: Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 511 (523 ff) besonders im Hinblick auf § 75 III HGB
- 2) ACHTERBERG, JZ 1975, 713 (717) hat in seiner Urteilsanmerkung zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26.10.1973 - 3 AZR 118/73 - (= BAG E 25, 330 = AP Nr. 5 zu § 75 HGB = NJW 1974, 1013 ff) mit nicht von der Hand zu weisenden Argumenten die Auffassung vertreten, daß das sog. nachvertragliche Wettbewerbsverbot trotz gewährter Karenzentschädigung gegen Art. 12 GG verstößt.
Das Bundesarbeitsgericht ist zwar in seinem Urteil vom 23.2.1977 - 3 AZR 620/75 - (= SAE 1977, 241 ff = AP Nr. 6 zu § 75 HGB) auf den Aufsatz ACHTERBERG's eingegangen, hat sich aber mit keinem Wort zu den dort hinsichtlich Art. 12 GG angeführten Bedenken geäußert. So besteht seitens des Bundesarbeitsgerichts noch immer die schon in AP Nr. 20 zu Art. 12 GG geäußerte Auffassung, daß die Beschränkung der beruflichen Tätigkeit des ehemaligen Arbeitnehmers nicht gegen Art. 12 GG verstößt:
"Kraft des ihm nach näherer Maßgabe des Art. 2 I GG ebenfalls zustehenden Grundrechts der Vertragsfreiheit kann der aus Art. 12 I GG Grundrechtsberechtigte über sein darin ihm gewährtes, weitgehend mit wirtschaftlichem Gehalt gefülltes und damit verkehrsfähiges Grundrecht der Berufsfreiheit im Verkehr mit anderen Rechtsgenossen - nur darum geht es hier und nicht um das Verhältnis des Grundrechtsinhabers zur öffentlichen Gewalt - im Rahmen des Art. 12 I GG und damit im Rahmen der Vertragsfreiheit nach Maßgabe der positiven Rechtsordnung verfügen."
Ähnlich:
BAG AP Nr. 7 zu Art. 12 GG
NIKISCH, S. 458 ff

Gegen die Auffassung ACHTERBERG'S auch:

SCHWERDTNER, Anmerkung zu BAG AP Nr. 83, 84, 86
zu § 611 BGB Gratifikation
derselbe, Arbeitsrecht, S. 240 FN 5

PESTALOZZA, Urteilsanmerkung zu BAG, Urteil vom
23.2.1977 - 3 AZF 620/75 - , in: SAE 1977, 241(245)

SCHWABE, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsver-
boten, in: JZ 1976, 439 ff mit anschließendem
Schlußwort von ACHTERBERG.

Wie der Letztgenannte zweifelt auch KEMPF, DB 1979, 792 an der Verfassungsmäßigkeit des nach-
vertraglichen Wettbewerbsverbots.

G Ergebnis des 1. Teils

Das Ergebnis der Untersuchung der "Fürsorge- und Treuepflicht" im Arbeitsrecht läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Das Arbeitsverhältnis ist kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mit einer wechselseitigen, beide Parteien bindenden "Treuepflicht", sondern ein Schuldverhältnis.

Im Arbeitsverhältnis existieren - wie in anderen Schuldverhältnissen auch - neben den Hauptpflichten auch Nebenpflichten, die die Aufgabe haben, die "ordentliche" Erbringung der durch die Leistungspflichten bestimmten Leistung zu gewährleisten. Dogmatisch lassen sich diese Nebenpflichten damit begründen, daß Schuldverhältnisse eine vom Grundsatz von Treu und Glauben beherrschte Sonderverbindung darstellen. Demzufolge sind auch die Arbeitsvertragsparteien verpflichtet, die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners zu wahren. Diese obligatorischen Interessenwahrungspflichten sind - trotz der Existenz unterschiedlichster Arbeitsverhältnisse - typisierbar.

Wegen der Interessenlage des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis und seiner daraus resultierenden Schutzbedürftigkeit sind zahlreiche Arbeitnehmerschutzgesetze ergangen, die als ius cogens auch Bestandteil des Einzelarbeitsverhältnisses sind.

Angesichts der Verschiedenartigkeit der einzelnen Arbeitsverhältnisse ist es unmöglich, auf legislativem oder tarifvertraglichem Wege oder durch Betriebsvereinbarung alle den Arbeitsvertragsparteien obliegenden Interessenwahrungspflichten zu regeln. Deshalb ist der Rückgriff auf die Generalklausel des § 242 BGB unumgänglich. Selbst eine abschließende Regelung aller Interessenwahrungspflichten im

Einzelarbeitsvertrag ist angesichts des Dauerschuldcharakters und der sich aus dem Direktionsrecht des Arbeitgebers ergebenden Flexibilität des Arbeitsverhältnisses nicht möglich.

Einer gesonderten allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht, wie sie bislang verstanden wurde, bedarf es jedoch nicht.

So beziehen sich die §§ 69 und 77 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzbuches auf den Inhalt des § 242 BGB.¹⁾

1) § 69 lautet:

"Der Arbeitgeber hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann."

Die Arbeitsgruppe der arbeitsrechtlichen Abteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung hatte der Kommission noch folgende Ergänzung vorgeschlagen:

"Dabei hat der Arbeitgeber insbesondere das aus der Leistung abhängiger Arbeit sich ergebende besondere Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers zu beachten." (Arbeitsgesetzbuchkommission, a.a.O., S. 87)
Der vom Bundesministerium für Arbeits- und Sozialordnung vorgeschlagene § 69 ist - bis auf die Bezugnahme auf Treu und Glauben - identisch mit dem § 78 des DGB-Entwurfs zum Arbeitsverhältnisrecht 1977 (RdA 1977, 166, 173)

§ 77 lautet:

"Der Arbeitnehmer hat seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann."

(Arbeitsgesetzbuchkommission, a.a.O., S. 92)
Auch hier ist § 78 des DGB-Entwurfs zum Arbeitsverhältnisrecht - bis auf die Bezugnahme auf Treu und Glauben - mit dem Wortlaut des § 77 des Kommissionsentwurfs identisch. (vgl.: RdA 1977, 166, 174)

2. Teil: FÜRSORGE- UND TREUEPFLICHT
IM BEAMTENRECHT

A Einleitung

Ebenso wie im Arbeitsrecht wird auch im Beamtenrecht die Existenz einer allgemeinen Treuepflicht behauptet. Diese beamtenrechtliche Treuepflicht soll wechselseitig sein¹⁾ und sowohl Dienstherrn als auch Beamten binden.²⁾ Dabei wird, wie in der älteren arbeitsrechtlichen Literatur, die Treuepflicht des Dienstherrn als Fürsorgepflicht, die des Beamten als Treuepflicht bezeichnet.³⁾

Unklar sind jedoch - sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur - Rechtsgrundlage, Inhalt und Umfang beider Rechtsinstitute.

So bezeichnet das BVerfG⁴⁾ die Fürsorgepflicht des Dienstherrn - ohne auf deren selbständigen Rechtsgehalt einzugehen - als Korrelat zur Treuepflicht des Beamten. Ähnliche Formulierungen finden sich - mit gewissen Nuancen - auch in der Literatur.⁵⁾

1) BVerfGE 43, 154 (165)

BVerwGE 40, 212 (218)

LAUBINGER, Die Treuepflicht der Beamten im Wandel der Zeiten, in: Festschrift ULE, S. 110

LECHELER, Die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts, in: AÖR 103, 349 (373)

2) BATTIS, BBG, § 2 b

3) LECHELER, Die hergebrachten Grundsätze, AÖR 103, 372

4) BVerfGE 43, 154 (165)

5) vgl. statt vieler:

WOLFF/BACHOF II, § 116 II 1

BATTIS, BBG, § 79 Anm. 1 b

Eine allgemeine, den Beamten obliegende Treuepflicht wird in der Rechtsprechung beiläufig als existent erwähnt.¹⁾ Weder das BVerfG noch das BVerwG haben bis heute zu diesem Rechtsinstitut eine vertiefende Stellungnahme abgegeben.

Auch in der Literatur ist das Bild bezüglich einer allgemeinen Treuepflicht des Beamten diffus.²⁾

Es soll daher die Rechtsgrundlage und die Ausgestaltung der beamtenrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht untersucht werden.

B Die allgemeine Treuepflicht im Beamtenrecht

Anders als im arbeitsrechtlichen Teil wird bei der nachfolgenden Untersuchung jedoch zwischen der Fürsorgepflicht und der Treuepflicht getrennt. Diese Trennung drängt sich aufgrund der unterschiedlichen Entwicklung beider Rechtsinstitute auf.

Ohne das Ergebnis vorwegzunehmen, sei hier schon angedeutet, daß die beamtenrechtliche Treuepflicht von den Anfängen des Berufsbeamtentums in Deutschland an immer stärker in der Diskussion stand als die Fürsorgepflicht, die erst am Anfang dieses Jahrhunderts in Rechtsprechung und Literatur ein größeres Echo fand.

So stehen auch in der aktuellen tagespolitischen Diskussion gesetzlich normierte Ausprägungen der allgemeinen Treuepflicht, wie z.B. die politische Treuepflicht,³⁾ weit stärker im Mittelpunkt als die Fürsorgepflicht und ihre gesetzlichen Konkretisierungen.

1) so z.B. BVerfGE 39, 334 (346)

2) vgl. nur die Nachweise bei LECHER; Die Treuepflicht des Beamten - Leerformel oder Zentrum der Beamtenpflichten? , in: ZBR 1972, 228 ff, auf die noch eingegangen wird.

3) Die, wie erwähnt, nicht Gegenstand dieser Arbeit ist

I Die Rechtsgrundlage der allgemeinen
Treuepflicht

Wenn auch - wie bereits beschrieben - immer wieder die Existenz einer allgemeinen Treuepflicht behauptet wird, findet sich keine einheitliche Auffassung bezüglich ihrer Rechtsgrundlage. Deshalb erscheint es notwendig, diese vorab zu untersuchen. Ausgangspunkt hierfür könnte die Verfassungsnorm des Art. 33 IV GG sein.

1. Artikel 33 IV GG

Art. 33 IV GG normiert, daß die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und T r e u e verhältnis stehen.

In dieser Vorschrift könnte zum Ausdruck kommen, daß schon der Grundgesetzgeber das Beamtenverhältnis als Treueverhältnis ausgestalten wollte.

a) Die Bedeutung der Formulierung "Angehörige des öffentlichen Dienstes"

Fraglich ist zunächst, ob mit der Formulierung "Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen", Beamte gemeint sind.

Zur Beantwortung dieser Frage können die Protokolle der einzelnen Ausschüsse des Parlamentarischen Rates herangezogen werden.

Die in der endgültigen Fassung in Art. 33 IV und V GG zum Ausdruck gekommene Institutionalisierung des Berufsbeamtentums geht auf einen Antrag des Abgeord-

neten Strauß zurück. Dieser beantragte in der 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses am 14.10.1948, in den Artikel über die Normativbestimmungen für die Landesverfassungen folgenden Absatz aufzunehmen:
"Die staatlichen und gemeindlichen Daueraufgaben sind grundsätzlich von Berufsbeamten auszuüben, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis zu ihrem Dienstherrn stehen."¹⁾ Hierin kommt deutlich zum Ausdruck, daß es Berufsbeamte sind, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Diese Formulierung, Gleichsetzung von Berufsbeamten und öffentlich-rechtlichem Dienst- und Treueverhältnis, blieb zunächst trotz der anderen inhaltlichen Änderungen²⁾ des Artikels bestehen.³⁾

-
- 1) WACKE, Entstehungsgeschichte und Inhalt des Artikels 33 Absatz 5 des Grundgesetzes, in: Neues Beamtentum, 1951, S. 152, und v.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: JÖR NF 1 S. 314
- 2) siehe WACKE, S. 152
- 3) Zeitweilig wurde das "Dienstverhältnis" gestrichen, jedoch vom Allgemeinen Redaktionsausschuß am 13.12.1948 wieder mit der Begründung ersetzt, daß in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis nicht nur die Beamten, sondern auch die Angestellten stünden. Auch stehe jeder Staatsangehörige in einem öffentlich-rechtlichen Treueverhältnis zum Staat. Deshalb müsse auf das Dienst- und Treueverhältnis abgestellt werden; vgl.: Drs. 370 JÖR NF 1, S. 322 und WACKE, S. 156/157
Der von WACKE an dieser Stellungnahme geübten Kritik, daß das wieder eingefügte Wort "Dienst" für die Abgrenzung gegenüber den Angestellten ungeeignet ist, da die Behördenangestellten sich ebenfalls in einem Dienstverhältnis zum Staat befinden, ist zuzustimmen.(WACKE, S. 157)
Entscheidendes Kriterium für den Beamten ist das öffentlich-rechtliche Verhältnis.
so auch WACKE, S. 157

Der Allgemeine Redaktionsausschuß ersetzte in seinem Vorschlag vom 25.1.1949 den Ausdruck "Berufsbeamte" durch die später Gesetz gewordene Formulierung "Angehörige des öffentlichen Dienstes". Die Begründung für die Neufassung dieses Absatzes wurde in einer Anmerkung gegeben. Dort heißt es weiter: "Weiter wird vorgeschlagen, das Wort 'Berufsbeamte' zu ersetzen durch 'Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.' Dies sind nach überlieferter Rechtsauffassung Berufsbeamte." Weiter wird ausgeführt, daß die Fassung des Hauptausschusses, die von Berufsbeamten spricht, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, insoweit einen Pleonasmus enthält.¹⁾

Diese neue Formulierung, "Angehörige des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen", wurde dann im Plenum des Parlamentarischen Rates in dritter Lesung am 8.5.1949 in Art. 33 IV GG ohne Anträge und Aussprache angenommen.²⁾

Somit steht fest, daß in Art. 33 IV GG Beamte gemeint sind.(sog. Institutsgarantie).

b) Die Bedeutung des Begriffs "Treueverhältnis"

Aus den Protokollen der Beratungen des Parlamentarischen Rates ergibt sich aber weiter, daß mit der Formulierung "...und Treueverhältnis" nicht eine allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht institutionalisiert werden sollte. Dieser Begriff sollte

1) vgl. WACKE, S. 158
v.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, JÖR NF 1 S. 323

2) WACKE, S. 159

lediglich zur Abgrenzung der Berufsbeamten von den Angestellten des öffentlichen Dienstes dienen.¹⁾
Damit scheidet Art. 33 IV GG als Rechtsgrundlage einer allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht aus.

2. Artikel 33 V GG

Rechtsgrundlage könnte jedoch Art. 33 V GG sein.

- a) Die Entstehungsgeschichte des Art. 33 V GG und die in seiner Ausführung ergangenen Beamtengesetze des Bundes und der Länder

Auch bei den Beratungen des heutigen Art. 33 V GG erfolgte keine Erörterung über eine allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht. Man wollte die (einfachen) Bundes- und Landesgesetzgeber²⁾ nur verpflichten, das zukünftige Beamtenrecht nach den "hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums"

1) siehe Drs. 370 des Allgemeinen Redaktionsausschusses, zitiert bei: v. DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, JÖR NF 1 S. 322

2) Auf den Streit, ob der Artikel 33 V GG auch vorschreibt, das Recht der öffentlichen Angestellten gemäß den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln - so WACKE in: Entstehungsgeschichte und Inhalt, S. 163 ff und S. 176 Ziff. 9 - oder nicht - so z.B. BVerfGE 3, 162 (286) - braucht hier nicht eingegangen zu werden.

zu regeln.¹⁾

Aus dem Grundgesetz selbst und seiner Entstehungsgeschichte läßt sich die Existenz einer allgemeinen Treuepflicht demnach **n i c h t** herleiten.

Der Grundgesetzgeber umschrieb das Berufsbeamtentum lediglich mit der allgemeinen Formulierung "Dienst- und Treueverhältnis".²⁾

Auch in den in Ausführung des Art. 33 V GG ergangenen Beamtengesetzen ist eine allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht nicht normiert.

So gibt das BRRG in § 2 I lediglich in Wiederholung des Wortlauts des Art. 33 IV GG eine Legaldefinition des Beamtenverhältnisses: Der Beamte steht zu seinem Dienstherrn³⁾ in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis.

-
- 1) Daß Art. 33 V GG auch für den Landesgesetzgeber eine "Anweisung" enthält, in bestimmter Weise zu verfahren, ergibt sich aus der systematischen Stellung des Art. 33 im Grundgesetz und aus den Sten.-Prot. Z 12 S. 24, 27 ; Z 15 S. 4; Z 17 S. 5 des Parlamentarischen Rates. Im übrigen enthielt schon die WRV eine dem Art. 33 V GG entsprechende Vorschrift, nämlich Art. 128 III WRV.
- 2) Diese Umschreibung des Begriffs "Beamtenverhältnis" findet sich erstmalig im "Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts (Beamtenrechtsänderungsgesetz)" vom 30 Juni 1933 (RGBl I, 433).
Durch Kap. II § 3 Nr. 1 Satz 1 dieses Gesetzes erhielt § 1 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (RGBl 61) folgende Fassung: "Reichsbeamte sind Personen, die zum Reich in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis) stehen." Diese Definition des Beamtenverhältnisses geht auf die Abgrenzung des Beamtenverhältnisses vom Angestelltenverhältnis gegen Ende der Weimarer Republik zurück, vgl.:
H. MOMMSEN in E. BRANDT (Hrsg.), Die politische Treuepflicht, 1976, S. 26
- 3) Zur Problematik des Ausdrucks "Dienstherr" vgl.:
GERBER, Hans, "Dienstherr" des Beamten, in:
DÖV 1951, 472 - 474

Diese Vorschrift, jeweils bezogen auf das Landesrecht, wiederholen auch wörtlich die dem BRRG angeglichenen Beamtengesetze der Bundesländer, z.B. § 2 LBG NRW.

Weder der Pflichtenkatalog des BRRG (§§ 35 - 44) noch die der Beamtengesetze des Bundes und der Länder normieren eine allgemeine Treuepflicht der Beamten.

b) Die Treuepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG

Obwohl die Art. 33 IV und V GG nichts Konkretes über die Existenz einer allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht aussagen und somit v o m W o r t - l a u t - ebensowenig wie die Beamtengesetze - Rechtsgrundlage der allgemeinen Treuepflicht sind, ist das Bestehen einer allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht gleichwohl anerkannt.

Nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur gehört diese allgemeine Treuepflicht zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG.¹⁾

Es handelt sich dabei um eine wechselseitige Treuepflicht²⁾, die den Dienstherrn (Fürsorgepflicht) und den Beamten (Treuepflicht) bindet.³⁾

Das BVerfG⁴⁾ hat inhaltlich zu einer a l l g e - m e i n e n beamtenrechtlichen Treuepflicht noch

1) BVerfGE 9, 286
BVerfGE 43, 154 (165)
BVerwGE 40, 212 (218)
statt vieler: WOLFF/BACHOF II, § 116 II a

2) BVerfGE 43, 154 (165)
BVerwGE 40, 212 (218)

3) LECHER, Hergebrachte Grundsätze, AÖR 103, 349 (372 ff)

4) nur beiläufige Erwähnung in BVerfGE 9, 268 (286)

keine dezidierte Stellung bezogen.

Gleiches gilt für das BVerwG.

Das BVerwG hat in früheren Entscheidungen besondere, über die in den Beamtenengesetzen normierten, hinausgehende Rechtspflichten unmittelbar aus dem Charakter des Beamtenverhältnisses als eines Treueverhältnisses abgeleitet.¹⁾

In neueren Entscheidungen zieht das Gericht die Treuebindung des Beamten hingegen nur zur Begründung von Obliegenheiten heran, deren Verletzung dem Beamten Nachteile bringt.²⁾

Aus der Rechtsprechung heraus ist mithin die Frage nach der Rechtsgrundlage der allgemeinen Treuepflicht des Beamten nicht eindeutig zu beantworten. Art. 33 V GG könnte jedoch dann Rechtsgrundlage sein, wenn die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums wäre.

Fraglich ist somit, unter welchen Voraussetzungen ein Grundsatz als hergebracht i.S.d. Art. 33 V GG anzusehen ist.

Schwierigkeiten ergeben sich dabei insofern, als das deutsche Beamtentum keine über einen längeren Zeitraum ununterbrochene Kontinuität aufweist.

Zwar hat sich das Berufsbeamtentum in allen politischen Epochen Deutschlands im vergangenen und in diesem Jahrhundert institutionell behauptet. Doch innerlich ist es den jeweiligen Staatszielen unterworfen gewesen.³⁾

1) BVerwGE 12, 275
BVerwGE 14, 25

2) z.B. BVerwGE 40, 212 (218)

3) KÖTTGEN, Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart, in: ANSCHÜTZ/THOMA, Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2.Bd., S. 4: "Der Charakter des Beamtentums ist entscheidend bestimmt durch den Charakter des Staates, dem der Beamte dient."

aa) Die Auffassung des Grundgesetzgebers

Da sich nirgendwo eine Regelung darüber findet, wann ein Grundsatz als hergebracht i.S.d. Art. 33 V GG gilt, könnte als Auslegungshilfe die Intention des Grundgesetzgebers bei der Schaffung des Art. 33 GG dienen.

Zunächst einmal muß daran erinnert werden, daß in den anfänglichen Beratungen die heutigen Absätze IV und V des Art. 33 GG ein einheitlicher Absatz waren. Dieser Absatz sollte neben der oben bereits erwähnten Institutsgarantie für das Berufsbeamtentum auch die Auflage an den einfachen Bundes- und Landesgesetzgeber enthalten, das zukünftige Beamtenrecht nicht völlig neu, sondern eben unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln. Diese beiden Gedanken sollten klar zum Ausdruck kommen. Darum wurde für sie auch jeweils ein Absatz vorbehalten. Warum sich der Parlamentarische Rat - anders als der Herrenchiemsee-Entwurf - überhaupt mit beamtenrechtlichen Fragen beschäftigte, hatte zwei Gründe.

Zum einen war bei den Beratungen des heutigen Art. 33 GG im Parlamentarischen Rat das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung von zentraler Bedeutung.¹⁾

Dieses Rechtsstaatselement sollte auch die Länder binden. Dies sollte vor allem "im Hinblick auf die

1) vgl. hierzu:

v.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, JÖR NF 1, S. 314 ff

Verhältnisse im Osten"¹⁾ gelten, denn der überwiegende Teil der Abgeordneten des Parlamentarischen Rates verstand die zu erstellende Verfassung als "Einladung für die anderen Deutschen."²⁾

Als Garanten für die Verwirklichung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sah man den parteipolitisch neutralen, innerhalb und außerhalb des Dienstes relativ unabhängigen Beamten an.

Der zweite Grund war nicht selbst Bestandteil der Beratungen, aber dennoch offensichtlich.

Denn in einigen Länderverfassungen waren bis zu diesem Zeitpunkt Bestimmungen aufgenommen worden, die für Arbeiter, Angestellte und Beamte die Schaffung eines einheitlichen Dienst- und Arbeitsrechts normierten.

-
- 1) so der Abgeordnete Strauß (CDU) in:
v.DOEMMING/FÜSLEIN/MATZ, S. 314

Die von Strauß gemeinten Verhältnisse im Osten waren folgende:

In der späteren DDR wurde mit der sog. Pieck'schen Verordnung vom 8.6.1945, die das Berufsbeamtentum in Groß-Berlin praktisch beseitigte, eine Entwicklung eingeleitet, die zur totalen Abschaffung des Berufsbeamtentums in der heutigen DDR führte.

Zur Entwicklung in der DDR vgl.:

JUNG, Die Zweispurigkeit des öffentlichen Dienstes, S. 38 ff m.w.N.

Alle heute im öffentlichen Dienst der DDR Tätigen werden als "Mitarbeiter des Staatsapparates" bezeichnet.

Zur rechtlichen Ausgestaltung des Staatsdienstes in der DDR vgl.: SCHINDLER-FIEDLER, Die Treuepflicht des Beamten und die freiheitliche Demokratie, S. 167 ff

- 2) so der Abgeordnete BERGSTRÄSSER in der 32. Sitzung des Grundsatzausschusses am 11.1.1949 bei der Beratung des Art. 16 GG, vgl.:
v.DOEMMING/FÜSLEIN/MATZ, JÖR NF 1 S. 316
vgl. hierzu:
LICHTER/HOFFMANN, Staatsangehörigkeitsrecht, 3.Aufl., S. 465 ff

So erwähnte die Verfassung Bremens vom 21.10.1947¹⁾ das Beamtentum überhaupt nicht mehr, vielmehr war "für alle Personen in Betrieben und Behörden ein neues soziales Arbeitsrecht zu schaffen." (Art. 50 I)

Art. 29 der hessischen Landesverfassung vom 11.12.1946²⁾ bestimmte, daß "für alle Angestellten, Arbeiter und Beamten ein einheitliches Arbeitsrecht zu schaffen ist."

In Berlin gab es keine Berufsbeamten.

Man wollte also im Grundgesetz eine Normativbestimmung verankern, die die Länder verpflichtete, das Berufsbeamtentum zu erhalten und die rechtliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses nach beamtenrechtlichen "hergebrachten" Grundsätzen zu regeln. Der Verfassungsgeber wollte also die Kontinuität des Berufsbeamtentums gewahrt wissen, gleichzeitig die nähere Ausgestaltung aber dem einfachen Gesetzgeber überlassen.

Berlin (West), Hessen und Bremen sind erst aufgrund des Art. 33 GG zum hergebrachten Berufsbeamtentum zurückgekehrt.³⁾

Es bleibt somit festzuhalten, daß sich weder aus dem Grundgesetz selbst noch aus den Beratungen etwas über die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ableiten läßt.

1) GVBl S. 251

2) GVBl S. 229 ff

3) vgl. JUNG, S. 40

bb) Die vom Bundesverfassungsgericht
entwickelten Kriterien

Als Auslegungskriterien lassen sich demnach nur die Maßstäbe verwenden, die das BVerfG selbst bei der Bestimmung der "hergebrachten Grundsätze" anwendet. Um einen beamtenrechtlichen Grundsatz als "herkömmlich" i.S.d. Art. 33 V GG zu qualifizieren, bedarf es zweier Voraussetzungen:

Der Grundsatz muß zum "Kernbestand der Strukturprinzipien"¹⁾ des Berufsbeamtentums zählen, und es muß die Tradition des Grundsatzes im "Herkommen" aufgezeigt werden.²⁾

Ob eine Zugehörigkeit zum Kernbestand der Strukturprinzipien gegeben ist, hängt im wesentlichen davon ab, daß der fragliche Grundsatz denjenigen Regelungen zuzurechnen ist, "die das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestalt so prägen, daß ihre Beseitigung auch das Wesen des Beamtentums antasten würde."³⁾

Der Kernbestand der durch Art. 33 V GG geschützten Grundsätze kann demnach nur dann konkretisiert werden, wenn über Wesen und Aufgabe des Beamtentums Klarheit besteht. Gemeint ist hierbei natürlich die Aufgabe des Beamtentums in der Bundesrepublik Deutschland unter der Geltung des Grundgesetzes. Da, wie oben beschrieben, zusätzliches Erfordernis das Aufzeigen der Tradition des Grundsatzes im "Herkommen" ist, und in der heutigen Verfassungswirklichkeit nur die Grundsätze Geltung haben sollen, die sich im Rechtsleben als besonders wertvoll erwiesen haben,⁴⁾

1) BVerfGE 8, 243

2) BVerfGE 43, 154 (168); ähnlich:
BVerfGE 12, 88, 89, 96
vgl. auch LECHLER, Hergebrachte Grundsätze,
AÖR 103, 352

3) BVerfGE 8, 332 (343)

4) so auch LECHLER, Hergebrachte Grundsätze, S.353

wird im folgenden zunächst die Tradition des hergebrachten Grundsatzes der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht untersucht.

- (1) Das Herkommen - Die Entwicklung der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht von den Anfängen bis zum Grundgesetz
-

Zum Nachweis des Herkommens stellt das BVerfG auf die "Verfassungswirklichkeit" ab, wie sie sich auch in der Gesetzgebung spiegelt.¹⁾

Das Gericht fordert, daß eine Regelung "während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraumes, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt" worden ist.²⁾

Das BVerfG hat in E 25, 142 (148) ausdrücklich festgestellt, daß der Nachweis einer "Tradition" nur unter der Geltung des Grundgesetzes nicht aus-

1) so ausdrücklich: BVerfGE 8, 349
auch: BVerfGE 11, 210
BVerfGE 12, 88 (96)
BVerfGE 37, 167 (174 - 178)

2) BVerfGE 8, 332 (343)
BVerfGE 15, 167 (195 ff)
Daß diese Zeitspanne ein Minimum darstellt, wird in anderen Entscheidungen deutlich:
In E 11, 210 geht das Gericht auf das Jahr 1871, in E 12, 89 gar auf 1860 zurück.
In E 38, 1 (11) spricht es von den "für die Ausbildung eines hergebrachten Grundsatzes entscheidenden 60 Jahren vor 1933."
Aufgrund dieser differierenden Zeitpunkte scheint die Feststellung gerechtfertigt, daß das Gericht - anders als MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, Art. 33 Rdn. 53, die als Fixpunkt das Reichsbeamten-gesetz vom 31.3.1873 ansehen - nicht von einem festliegenden Ausgangspunkt der Tradition ausgeht.

reicht.¹⁾

Das BVerfG hat in einer früheren Entscheidung²⁾ betont, daß bereits unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung u.a. auch die Pflicht des Beamten zur Treue als hergebrachter Grundsatz des Berufs--beamtentums galt. Da aber - wie oben bereits ausgeführt - das Berufsbeamtentum und damit auch dessen tragende Grundsätze den jeweiligen Staatszielen unterworfen gewesen sind, setzt die Fortgeltung dieser Grundsätze unter der Rechtsordnung des Grundgesetzes jeweils die Prüfung voraus, ob sie in der "freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie von Bonn" Bedeutung haben.³⁾

Aus diesem Grunde ist es unerläßlich, die historische Entwicklung des Rechtsinstituts der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht kurz darzustellen.

1) a.A.:

Franz MAYER, Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, in: Festschrift GEHLEN, S. 99:

"Inzwischen hat jedoch das Grundgesetz eine längere Lebensdauer erreicht als die Weimarer Verfassung; es gilt nunmehr schon über einen Zeitraum, der seiner Dauer nach selbst als traditionsbildend angesehen werden kann."

2) BVerfGE 9, 286

3) BVerfGE 9, 286

(a) Fürst und Fürstendiener

Die Treuepflicht unterlag - wie das gesamte Beamtenverhältnis - einer geschichtlichen Entwicklung.

Amtsträger im weitesten Sinn hat es in fast allen historischen Epochen gegeben. Sie waren aber keine Beamten.¹⁾ Denn der spezifisch deutsche Beamtentypus hat sich erst mit der Entstehung des modernen Staates in der Neuzeit gebildet.²⁾

Die Fürsten, deren langerhobener Anspruch auf die Alleinherrschaft in ihren Territorien durch den Westfälischen Frieden festgeschrieben wurde,³⁾ sahen sich außerstande, ihre Gebiete mit den herkömmlichen Verwaltungsträgern zu verwalten.

Die Landesverwaltung beschränkte sich bis zu diesem Zeitpunkt im wesentlichen auf die am Hofe ansässigen Inhaber der Hofämter. Um aber ihre Alleinherrschaft durchzusetzen, mußten die Fürsten die sachlich und räumlich enge Organisation ausweiten.⁴⁾

Hierzu benötigte der Herrscher vermehrt fürstliche Hilfskräfte. Da das zu verwirklichende Ziel die unumschränkte Herrschaft war, kamen für diese Aufgaben nur dem Fürsten uneingeschränkt ergebene und nur von ihm abhängige Diener in Frage. Hierfür eigneten sich weder die ständischen Autoritäten noch die Inhaber der feudalen Hofämter.

1) HINTZE, Der Beamtenstand, S. 33, weist darauf hin, daß der Ausdruck "Beamter" im heutigen Sinn erst im 19. Jahrhundert gebräuchlich wurde. Da aber keine inhaltlichen Unterschiede bestehen, soll im folgenden das Wort "Beamter" auch für die vorausgegangenen Epochen benutzt werden.

2) Zur geschichtlichen Entwicklung vgl.: KIMMINICH, Die Bedeutung des Beamtentums für die Herausbildung des modernen Staates, in: LEISNER (Hrsg.), Das Berufsbeamtentum im modernen Staat, 1975, S. 47 ff

3) KIMMINICH, S. 63

4) vgl. PATZIG, Wandlungen im Berufsbeamtentum, S. 8

Die Fürsten bedienten sich für die neuen Verwaltungsaufgaben - u.a. Wiederaufbau des Landes und Unterhaltung stehender Heere - der vorwiegend römisch-rechtlich ausgebildeten Juristen, denen anstelle des Landadels Ämter anvertraut wurden.¹⁾ Diese gemieteten Doktoren²⁾ - so genannt, weil ihr Dienstverhältnis der römisch-rechtlichen Dienstmiete (locatio conductio operarum) nachgebildet war - verhalfen dem fürstlichen Absolutismus gegen Stände und Bürgertum zum Sieg.³⁾

Dieser Sieg wurde dadurch erleichtert, daß die die Landstände vorwiegend bildenden adeligen Grundbesitzer durch den Dreißigjährigen Krieg zahlenmäßig dezimiert und wirtschaftlich geschwächt waren. Hinzu kam, daß diese Gesellschaftsgruppen nicht über die für die "moderne" Verwaltung notwendigen kameralistischen Kenntnisse verfügten.⁴⁾

In Gestalt dieser neuen Verwaltungsorganisation tritt zum ersten Male der Vorläufer des späteren Berufsbeamtentums auf.

Die fürstlichen Diener hatten - im säkularisierten Bereich - die überkommenen Autoritäten wie Vasallen und Ministerialen abgelöst. Damit war gleichzeitig die Entwicklung vom alten föderativen System der Landesverfassungen zum fürstlichen Beamtenstaat in

1) HINTZE, S. 25

BLEEK, Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg, S. 62

SCHEERBARTH/HÖFFKEN, Beamtenrecht, 3.Aufl., 1979, § 1 II

2) HINTZE, S. 22

BLEEK, S. 52

3) KIMMINICH, Dt.Verfassungsgeschichte, S. 188

BLEEK, S. 62

4) Zur kameralistischen Ausbildung vgl.:

ACHTERBERG, Strukturen der Geschichte der Verwaltung, des Verwaltungsrechts und der Verwaltungswissenschaft, in: Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts, S. 596 (603 ff)

zentralisierter Form vollendet.¹⁾

Aus der gemeinsamen Frontstellung von Fürst und entstehendem Beamtentum gegen die Landstände entwickelte sich ein gegenseitiges Treueverhältnis.²⁾

Der Fürstendiener stand in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis, das sich rechtlich nicht von den allgemeinen Dienstverhältnissen der abhängigen Arbeiter und des Gesindes unterschied. Er schuldete seinem Herrn unbedingten Gehorsam und persönliche Treue. Diese Pflichten kommen besonders gut in den folgenden Aussprüchen Friedrich Wilhelms I. von Preußen, dem Soldatenkönig, zum Ausdruck:

"Man muß dem Herrn mit leib und lehen mit hab und guth mit ehr und gewissen (dienen) und alles daran sehtzen als die sehligkeit die ist vor gott aber alles das ander mus sein mein" und "die leutte.... sollen nach meiner pfeiffe dancen oder der deuffel hohle mir."³⁾

Vor allem im letzten Zitat klingt deutlich an, daß die rechtliche Stellung der Fürstendiener noch sehr unsicher war. Sie waren der Willkür des Fürsten noch weitgehend preisgegeben. Dieser konnte sie als "princeps legibus solutus" jederzeit aus seinen Diensten entlassen.⁴⁾

1) PATZIG, S. 9

2) THIEME, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 19
ALTHEIM, Das Streikrecht der Beamten zur Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Forderungen, S. 33
HOFFMANN, Beamtentum und Streik, AÖR 91, 141 (1955)

3) HINTZE, Acta Borussica, Die Behördenorganisation und die allgemeine Staatsverwaltung Preußens im 18. Jahrhundert, Bd. 6, S. 128 ff

4) HINTZE, S. 32

(b) Der Spätabsolutismus

Das im Hochabsolutismus entstandene "privatrechtliche Fürstendienertum"¹⁾ erhielt im Spätabsolutismus seine entscheidende Wendung zum Beamtentum moderner Prägung.²⁾

Voraussetzung hierfür war der eingetretene Wandel des Staatsbegriffs. Ursprünglich ging die absolutistische Staatsvorstellung von dem Staatsbegriff aus, der sich beim Verfall der mittelalterlichen Lebensformen entwickelt hatte. Danach war der "Staat" lediglich ein technisches Hilfsmittel zur Kennzeichnung des aus Heer und Beamtenschaft bestehenden persönlichen Machtapparats des Souveräns.³⁾

Dieser, als Herrscher von Gottes Gnaden höchste weltliche Autorität, vereinigte alle Macht in seiner Person. Dem Staat, der ja lediglich den ihm dienenden Herrschaftsapparat darstellte, kam keine Eigenständigkeit zu. Nunmehr stellte Friedrich der Große, beeinflußt vom Naturrecht, den Staat über die fürstliche Dynastie, den Herrscher und dessen Untertanen. Er selbst fühlte sich als oberster Beamter und sprach jenes "erschütternde Umsturzwort aus königlichem Munde" vom König als dem ersten Diener des Staates, durch welches "das Königtum vom Mysterium, der Staat vom mystischen Königtum losgebunden" wurde.⁴⁾

In diesem Ausspruch eines "aufgeklärten" absolutistischen Monarchen kommt die Entwicklung des deutschen Absolutismus in den letzten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts gut zum Ausdruck:

1) HUBER, E.R., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II, 1960, S. 6

2) KÖTTGEN, Entwicklung, HdbStR S. 1

3) PATZIG, S. 11
HUBER, E.R., S. 8

4) RATHENAU, W., Zur Kritik der Zeit, Berlin 1918, S. 70

Der Staat wurde nunmehr als eine einheitliche, Herrscher und Untertanen überwölbende und diese unter sich zusammenfassende Staatspersönlichkeit angesehen. Diese Entwicklung erfaßte GÖNNER¹⁾ juristisch in seiner organischen Staatslehre: Dadurch, daß man Fürst und Volk dem höheren Begriff des Staates unterordnete, trat die Person des Monarchen in immer stärkerem Maße hinter der Institution der Krone zurück. Die Hoheitsrechte standen nunmehr dem Staat zu; dieser übte sie nur als Staatsorgan aus. Der Staat ist nicht mehr "eine zufällig aus sozialen Teilbereichen zusammengefaßte Einheit, nicht mehr privates Wirtschaftsgut und Eigentumsobjekt."²⁾ Er stellt vielmehr eine "in sich ruhende, in allen Bestandteilen gleichmäßig auf einen übergeschichtlichen Daseinsgrund zu beziehende politische Macht" dar.³⁾

Dieser tiefgreifende Wandel von der Staatsauffassung konnte nicht ohne Auswirkungen auf die Stellung des Fürstendieners bleiben. Vergleicht man den Satz Friedrich Wilhelm I. von Preußen "Ich bin der Herr und die Herrn sind meine Diener" mit der Definition des Staatsrechtlers GÖNNER "Ein Staatsamt besteht in dem Auftrage des Regenten, in seinem Namen die zur Staatsverwaltung innerhalb einer bestimmten Sphäre notwendigen Handlungen vorzunehmen"⁴⁾, so wird die inzwischen eingetretene Wandlung deutlich.

In dem GÖNNER-Zitat kommt auch klar zum Ausdruck, daß das "Amt" zu einer institutionellen Größe geworden ist. Die Beamten sind die wichtigsten Glieder

1) erstmalig in: "Die Notwendigkeit einer verbesserten Ansicht vom Staate", 1805

2) PATZIG, S. 12

3) GERBER, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, AÖR 57, 1 (21)

4) GÖNNER, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, 1831, S. 31

im Staatsaufbau geworden. Die ihnen durch den Monarchen verliehenen Ämter wurden neben der Institution "Krone" zu Ämtern mit eigenem Rechte. Damit hat sich der Wandel vom Fürstendiener zum Staatsdiener vollzogen: Der Beamte war nicht mehr nur Instrument des Fürsten, sondern Träger eines echten Amtes im Ämtergefüge der Monarchie. Die Rechtsstellung des Beamten konnte nun *n i c h t* mehr durch einen privatrechtlichen Vertrag erfaßt werden.

GÖNNER erkannte dies als erster und forderte, daß das Staatsdienerverhältnis dem öffentlichen Recht zu unterstellen sei.¹⁾

Die ersten Normen, die dem Rechnung trugen und die Staatsdiener der Fürstenwillkür entzogen und dem Staat unterstellten, waren das "Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten" vom 1.7.1794 und die "Bayrische Landeshauptpragmatik" vom 1.1.1805.

So wurde unter der Überschrift "von dem Rechte und den Pflichten der Diener des Staates" in Teil II, Titel 10 des Preußischen Allgemeinen Landrechts zum ersten Mal Beamtenrecht kodifiziert. Artikel VIII der Bayrischen Landeshauptpragmatik enthielt zum ersten Male einen weitgehenden Schutz der Staatsdiener vor (willkürlichen) Entlassungen.²⁾ Diese staatlichen Kodifizierungen erfolgten aber ausschließlich im Interesse des Staates und nicht etwa nur um des einzelnen Beamten willen; das nunmehrige Beamtenrecht hatte keinesfalls die Aufgabe, Vorreiter eines modernen "Arbeitsrechts" zu sein.³⁾

Trotz der politischen und rechtlichen Wandlungen des Beamtentums blieb das Treueverhältnis zwischen Monarchen und Beamten unverändert.

1) GÖNNER, Der Staatsdienst, S. 143

2) KÖTTGEN, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, S. 19

3) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 20

Da die Beamten im Namen und kraft Auftrags des Monarchen handelten, dienten sie dem Staat in der Person seines Herrschers. Unbedingte Treue zum Fürsten und bedingungslose Verpflichtung gegenüber dem Staat waren ein und dasselbe.¹⁾

Dies wurde auch gesetzlich normiert.

§ 2 des 10. Teils des Preußischen Allgemeinen Landrechts bestimmte, daß die Beamten außer "den allgemeinen Unterthanenpflichten, dem Oberhaupte des Staates besondere T r e u e und Gehorsam schuldig sind.

Diese durch Eid²⁾ beschworene Treuepflicht wurde damit gesetzlich zu einem der wesentlichen Inhalte des Beamtenverhältnisses.³⁾

Schon im absolutistischen Preußen war die "Treue gegenüber dem König" nicht nur eine Treue zur Person des Königs, sondern auch eine Treue gegenüber der Institution des Königtums als einer sittlich verpflichtenden Idee, die in der Person

1) PATZIG, S. 17

2) vgl. § 3 des 10. Teils des Preußischen Allgemeinen Landrechts;
Zum Inhalt und zur Entwicklung des Beamteneides bis zur Weimarer Republik vgl.:
FRIESENHAHN, Der politische Eid, S. 83 ff

3) so auch PATZIG, S. 14

des jeweiligen Königs verkörpert wurde.¹⁾

Die Aussprüche Friedrich Wilhelm I., er sei der "Amtmann Gottes" und Friedrich des Großen, er sei "der erste Diener des Staates" belegen die Tatsache, daß die Inhaber der Krone selbst auf die eben beschriebene Weise der Institution des Königtums "treu" waren. Ebenso war die Auffassung und die Haltung der Beamten. Die an der Spitze stehenden Beamten sahen ihre Aufgabe u.a. auch darin, die als sinnvoll und tragend aufgefaßten Traditionen der Verwaltung notfalls auch gegen den jeweiligen Inhaber der Krone zu vertreten. Nach einem Zitat von SUAREZ hätten die Beamten "in einem Staat ohne Grundverfassung diese gleichsam zu repräsentieren."²⁾

1) WIESE, Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, S. 67, der zugleich mit Recht darauf hinweist, daß die institutionelle Treue stets auch eine personale Seite hat, daß zwischen der Treue zu einer Institution und den diese Institutionen repräsentierenden Personen eine enge Wechselwirkung besteht.

Die Grundlage der institutionellen Treue droht immer dann zerstört zu werden, wenn zwischen der Persönlichkeit des Amtsinhabers, die sich u.a. aus seiner Leistung, seinem Verhalten und der daraus resultierenden Autorität zusammensetzt, und einem etwa von ihm erhobenen Autoritätsanspruch eine Diskrepanz besteht. Die persönliche Autorität des Amtsinhabers ist im Idealfall so groß, daß er einen Autoritätsanspruch nicht zu erheben braucht. Sieht er sich dazu noch genötigt, offenbart dies seine mangelnde Autorität. Denn das dem Beamten übertragene Amt verleiht ihm nur potestas, nicht hingegen automatisch auctoritas - jedenfalls nicht bei instabilen gesellschaftlichen Verhältnissen. Diese muß vom Amtsinhaber immer wieder erneut erworben werden.

vgl. dazu auch: WERTENBRUCH, Recht - Staat - Beamtenethos, in: ZBR 1960, 242 (244, rechte Spalte)

2) zitiert nach:

HARTUNG, Zur Geschichte des Beamtentums, S. 4
vgl. auch ZWIRNER, Politische Treuepflicht des Beamten, S. 19 FN 1

Die Beamten waren also schon im Absolutismus nicht willenlose Werkzeuge in der Hand des Monarchen. Sie fühlten sich nicht nur der Person des Monarchen, sondern gerade auch der unpersönlichen Institution des Königtums, der Krone, und damit dem Staat verpflichtet.¹⁾

Zumindest die höheren Beamten sahen denn auch ihre vornehmste Aufgabe darin, " das dauernde Interesse des Ganzen zu vertreten und, wenn es sein mußte, auch gegen Willkür und Launen des jeweiligen Inhabers der Krone zu schützen."²⁾

(c) Der Konstitutionalismus

Im Konstitutionalismus erstarkte politisch vor allem der die Verfassung begehrende Dritte Stand.

Diese neuen politischen Kräfte begegneten dem Beamtentum mit Mißtrauen, da sie in ihm einen Teil der fürstlichen Machtstellung sahen.³⁾

Da das Bedürfnis der Beschneidung monarchischer Macht das leitende Motiv der früh-liberalen Politik⁴⁾ war, wurde nun versucht, das Beamtenrecht zu beeinflussen.

1) HARTUNG, S. 21

2) HARTUNG, S. 21

Die Offiziere und die Beamten waren im 18. Jahrhundert noch sehr religiös geprägt. So nahmen sie dann im "Bewußtsein der höheren Verantwortung gegenüber Gott alle Unannehmlichkeiten in Kauf, die ihnen auf Erden daraus erwachsen konnten," daß sie Weisungen, die gegen Recht oder Moral verstießen, widersprachen.

3) THIEME, S. 4
PATZIG, S.21

4) vgl. WILHELM, Theodor, Die Idee des Berufsbeamtentums, S. 21

Dies geschah auf vier Wegen:

- Die liberale Staatsrechtslehre¹⁾ gelangte unter Ablehnung sowohl der GÖNNER'schen Lehre, wonach "die Konstitution die Rechts des Staatsdieners sichert"²⁾, als auch der SEUFFERT'schen Vertragstheorie³⁾ zu einer aus privaten und öffentlichen Elementen gemischten Rechtsauffassung des Beamtenverhältnisses. Bei der Bestimmung des Wesens des Beamtentums wurde das Gewicht auf den substantiellen Inhalt des Beamtenverhältnisses gelegt. Hierbei entwickelte sich allmählich die Tendenz, "den Kern des Beamtenverhältnisses in der sittlichen Verpflichtung des Amtsträgers an das Ganze des Staates und Volkes zu suchen."⁴⁾
- Von dieser gemischt-rechtlichen Auffassung aus versuchte man die Herauslösung des Beamtentums aus der Willkür des Herrschers durch eine stärkere Sicherung der Rechtsstellung des Beamten gegenüber dem Monarchen zu erreichen. Die Stellung der Beamten wurde durch eine Reihe von Grundsätzen gestärkt, die bis zum heutigen Tage Bestandteile des Beamtenrechts sind: lebenslängliche Anstellung und Unabsetzbarkeit, die Garantie der subjektiven Beamtenrechte, die Eröffnung des Rechtsweges für vermögensrechtliche Ansprüche sowie die Schaffung einer unabhängigen Disziplinargerichtbarkeit.

1) MOHL, in: Encyklopädie der Staatswissenschaften, 1859, S. 252 ff
BLUNTSCHLI, Allgemeines Staatsrecht, Bd. II, 1863, S. 123

2) GÖNNER, Der Staatsdienst, S. 276

3) SEUFFERT, Von den Verhältnissen des Staates und der Diener des Staates gegeneinander in rechtlichem und politischen Verstande, Würzburg 1793, S. 26

4) WILHELM, Theodor, Die Idee des Berufsbeamtentums, S. 25

Durch diese zugunsten der Beamten geschaffenen individuellen Rechtsgarantien trat zwischen Monarch und einzelnen Beamten die lex positiva.¹⁾

Hier liegt der Anfang der noch heute anhaltenden Tendenz der Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses.

- Der Beamte sollte aber nicht nur weitestgehend dem willkürlichen Zugriff des Fürsten entzogen sein, sondern gleichzeitig auch dem Volk verpflichtet sein.

Unter "Volk" ist in diesem Zusammenhang die Volksvertretung, das Parlament, zu verstehen.

Da nicht auszuschließen war, daß Exekutive

- also Fürst und Regierung - an dem Parlament "vorbeiregierten", sich also ungesetzlich verhielten, wurde versucht, eine Verantwortlichkeit der Beamtenschaft gegenüber dem Parlament zu begründen. Dies sollte unter Zuhilfenahme des neuen rechtsstaatlichen Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geschehen. Demnach wurde der Beamte quasi zum Garanten für die Gesetzmäßigkeit der Regierungspolitik.

- Damit das Beamtentum diese Aufgabe erfüllen konnte, mußte das dem Beamten verliehene "Amt" gegenüber dem Fürsten verselbständigt werden.²⁾

Dies wurde durch die gesetzliche, später ver-

1) vgl. PATZIG, S. 22

2) vgl. PATZIG, S. 23

fassungsmäßige¹⁾ Garantie des Berufsbeamtentums erreicht.

Während der Monarch in der Zeit des Absolutismus sich der Beamten lediglich aus einer Zwangslage heraus bedient hatte, war nunmehr der Träger der Krone im konstitutionellen Staat verpflichtet, sich seiner nachgeordneten Organe zu bedienen und nicht berechtigt, deren Zuständigkeit zu übergehen.²⁾

Die Bemühungen des Liberalismus, das Berufsbeamtentum auf dem oben geschilderten Wege in den bürgerlichen Rechtsstaat zu integrieren, mißlang weitestgehend. Dies hatte vor allem folgende Ursachen:

- Der Monarch stand nach wie vor an der Spitze der Exekutive und blieb oberster Dienstherr des ihm nachgeordneten Beamten. Das Beamtentum besaß - trotz aller Stärkungen der individuellen Rechte - wie zu Zeiten des Absolutismus lediglich die Stellung eines mittelbaren Staatsorgans, das den Anordnungen eines unmittelbaren Staatsorgans, nämlich eines Monarchen, unterworfen war.³⁾ Dies galt ohne Ausnahme für die gesamte Beamtenschaft - von den Beamten im Staatsministerium bis hin

1) So bestimmte Art. 98 der Preußischen Verfassung vom 31.1.1850:

"Die besonderen Rechtsverhältnisse der nicht zum Richterstand gehörigen Staatsdiener einschließlich der Staatsanwälte sollen durch ein Gesetz geregelt werden, welches, ohne die Regierung in der Wahl der ausführenden Organe zweckwidrig zu beschränken, dem Staatsbeamten gegen willkürliche Entziehung von Amt und Einkommen angemessenen Schutz gewährt."

In Preußen ist aber bis zum Inkrafttreten des DBG von 1937 nie ein Landesbeamtengesetz erlassen worden.

2) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 24

3) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 18

zum letzten Subalternbeamten.¹⁾ Der Monarch, der auch in der Art der Besetzung der Behörden freie Hand hatte²⁾, faßte bis in die letzten Monate der Monarchie hinein die Exekutive straff in seiner Hand zusammen.³⁾

Von entscheidender Bedeutung war aber folgendes: Auch im Konstitutionalismus hatte die persönliche Treueverpflichtung des einzelnen Beamten gegenüber dem Monarchen Bestand.⁴⁾ Den liberalen Kräften war es nicht gelungen, die Beamten ausschließlich auf die Verfassung zu vereidigen.

Damit wird offensichtlich, daß man bei der Ver- selbstständigung der Beamtenschaft gegenüber dem Fürsten auf halbem Wege stehengeblieben war, und die Beamten - zumindest de iure - in einen Zwiespalt trieb:

Durch die rechtliche (und materielle) Sicherung der persönlichen Stellung des einzelnen Beamten wurde die Position der Beamtenschaft zwar gestärkt. Auf der anderen Seite bestand die oben skizzierte totale Befehlsunterworfenheit der Beamtenschaft. Diese Doppelstellung der Beamten wurde z.B. in Preußen dadurch festgeschrieben, daß die Preußische Verfassung von 1850 zusätzlich zu der Treueverpflichtung gegenüber dem Monarchen den Verfassungseid des Beamtentums

1) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 18

2) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 25

3) PATZIG, S. 23

4) PATZIG, S. 24

einführte.¹⁾

- Durch den von den Beamten zu leistenden Eid kam deutlich zum Ausdruck, daß ihnen quasi eine "doppelte" Treuepflicht oblag. Zum einen waren sie dem Monarchen persönlich zur Treue verpflichtet. Zum zweiten hatten sie die Verfassung zu beachten. Den Beamten wurde also neben der personalen noch eine institutionelle Treuepflicht auferlegt. Daß Treue nicht nur eine personale, sondern auch eine institutionelle Kategorie ist, steht außer Zweifel ²⁾ und war auch keine "Entdeckung" des Konstitutionalismus.³⁾

1) So entstand der typisch dreiteilige Beamteneid der konstitutionellen Monarchie, beispielsweise der preußische Beamteneid nach der Verordnung vom 6.5.1867:

"Ich N.N. schwöre zu Gott dem Allmächtigen und Allwissenden, daß Seiner Königlichen Majestät von Preußen, meinem Allergnädigsten Herrn, ich untertänigst und gehorsam sein und alle mir vermöge meines Amtes obliegenden Pflichten nach meinem besten Wissen und Gewissen genau erfüllen, auch die Verfassung gewissenhaft beobachten will, so wahr mir Gott helfe."
vgl. bei FRIESENHAHN, S. 84

2) HARTUNG, Zur Geschichte des Beamtentums im 19. und 20. Jahrhundert, S. 4
ZWIRNER, S. 19 FN 1

3) s.o. S. 16

Neu war nur, daß die Beamten in dieser Epoche zum ersten Mal ausdrücklich durch Eidesleistung zu einer institutionellen Treue verpflichtet wurden.

Auch in der konstitutionellen Epoche kam es zu Beweisen institutioneller Treue gegenüber dem Monarchen. Berühmtestes Beispiel ist die Haltung der "Göttinger Sieben" gegen den Staatsstreich des Königs Ernst August von Hannover im Jahre 1837.

So führte DAHLMANN, einer der "Sieben" aus:

"Ich kämpfe für den unsterblichen König, für den gesetzmäßigen Willen der Regierung, wenn ich mit den Waffen des Gesetzes das bekämpfe, was in der Verleitung des Augenblicks der sterbliche König mit den bestehenden Gesetzen beginnt."¹⁾

- Ab der Mitte des 19. Jahrhunderts verschärfte sich der gesellschaftliche und politische Interessenkampf immer mehr. Dies hatte u.a. zur Folge, daß sich ein neuer formalistischer Positivismus durchsetzte und die idealistische konstitutionelle Staatslehre zurückdrängte. Die bis dahin gedachte und gelebte sittliche Ordnung löste sich zusehends auf und demzufolge zerfiel auch die materiale Einheit der Staatsidee. Von dieser trennte sich die Staatsgewalt. Diese war im zentralistischen Staat grundsätzlich unbeschränkt und stand nunmehr über der Gesellschaft: Staat und Gesellschaft waren getrennt.²⁾ Der Staat wurde fortan als ein von allen geschichtlichen, sittlichen, geistigen und sozialen Gehalten entkleideter Willensverband verstanden.³⁾ Der Rechtspositivismus verzichtete darauf, nach Sinn und Zweck des Staates zu

1) SMEND, Die Göttinger Sieben, S. 403

2) vgl. HOFFMANN, AÖR 91, 157 ff
WIESE, S. 69

v.OERTZEN, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, S. 105, 182 ff, 281 ff

3) WILHELM, Walter, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 135, 138, 158

fragen.¹⁾ Er versuchte, den Staat nur als eine - mit quasi schicksalhafter Notwendigkeit - über den Einzelnen zusammenwachsende Lebensgemeinschaft zu erklären, in der der einzelne nur Objekt war,²⁾ Der Bereich des Rechts war auf die Beziehungen der Bürger untereinander sowie auf die Beziehungen zwischen Staat und Bürger beschränkt. Die Gesellschaft war gegen den Staat "durch die Mauer des Rechts" abgeschildert.³⁾ Der Staat hatte sich über die widerstreitenden gesellschaftlichen Kräfte erhoben und erschien als eine "freischwebende" Institution, die "personenhaft als Vertreter der Gemeininteressen des Volkes galt."⁴⁾ Die Staatsgewalt, die das einzige Rechtssubjekt im staatlichen Bereich darstellte, verlangte vom Bürger Gehorsam. Die Menschen standen als Untertanen zum Staat in einem durch (Gesetzes-) Befehl und Gehorsamspflicht gekennzeichneten (allgemeinen) Gewaltverhältnis, soweit ihnen nicht durch subjektiv öffentliche Rechte eine staatsfreie Sphäre gewährt wurde.⁵⁾

Die Exekutive war zum Zentrum des Staates geworden, der sich im Wollen und Handeln des Staatsapparates erschöpfte. Demzufolge war der den Staat repräsentierende und personifizierende Monarch in der Lage, über die Staatsgewalt gleichsam als sub-

-
- 1) HELLER, Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in: AÖR 55, 321 ff, 326 ff
WILHELM, Walter, S. 104, 122
 - 2) HOFFMANN, AÖR 91, S.158
 - 3) MALZ, Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis, in: ZBR 1964, 97
 - 4) HOFFMANN, AÖR 91, S. 158
 - 5) SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 122
v.OERTZEN, S. 217 und 275
WILHELM, Walter, S. 159
HOFFMANN, S. 158

jektives Recht zu verfügen.¹⁾ Aus diesem "Recht" wurde weiterhin die Stellung der Beamten als Träger einer zweiten - neben der des Monarchen existierenden - Staatsgewalt abgeleitet.²⁾ Aufgrund dieser Anschauung entwickelte sich das Beamtenverhältnis unter dem Einfluß des Rechtspositivismus zum **b e s o n d e r e n G e w a l t - v e r h ä l t n i s**. Wie oben bereits erwähnt, hatte jeder Untertan im Rahmen des allgemeinen Gewaltverhältnisses dem Staat zu dienen und zu gehorchen, wurde aber in seinem eigenen Rechtskreis geschützt. Wollte der Staat in den geschützten Bereich der Gesellschaft eindringen, mußte er sich dem Recht beugen.³⁾

Solche Rechtsschranken existierten jedoch nicht innerhalb der Exekutive. Die Beziehungen im internen Bereich des Staates selbst gehörten nicht zum Recht. Hier galt der Befehl ohne rechtliche Qualität, galt "Nicht-Recht".⁴⁾ Und in diesen "rechtsfreien" Raum trat der Bürger ein, wenn er Beamter wurde: Er wechselte aus dem allgemeinen in das besondere Gewaltverhältnis, er ordnete sich in den schrankenlosen Innenbereich der Exekutive ein und stellte sich damit außerhalb des Rechtsbereichs.⁵⁾

1) HOFFMANN, S. 158

2) vgl. NAWIASKY, Die Stellung des Berufsbeamtentums im parlamentarischen Staat, S. 7

3) MALZ, ZBR 1964, 97

4) MALZ, ZBR 1964, 97

5) vgl. REHM, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in: HIRTH's Annalen, 1884 und 1885, S. 159 ff

Das nunmehr als besonderes Gewaltverhältnis verstandene Beamtenverhältnis ließ nur noch Platz für eine Gehorsampflcht, nicht hingegen für die institutionelle Treuepflicht. Denn in der - wenigstens theoretisch - wertneutralen positivistischen Staatsgewalt konnte eine "institutionelle" Treuepflicht nur formal Treue zum Gesetz gebieten,¹⁾ und war rechtlich mit der Gehorsampflcht identisch. So konnte Georg JELLINEK 1905 feststellen:

"Die Anhänger der Lehre einer besonderen Treueverpflichtung vermögen keine einzige juristische Konsequenz derselben anzuführen, die nicht aus der Gehorsampflcht folgen würde."²⁾

Und im Jahre 1916 konstatierte Wilhelm van CALKER die "Eliminierung der Treuepflicht aus dem Amtspflichten-Codex."³⁾

Es bleibt somit festzustellen, daß am Ende der Monarchie die institutionelle Treuepflicht der Beamten zur Gehorsampflcht verkümmert war.

-
- 1) v.OERTZEN, S. 222 FN 1
STEINBACH, Bernhard, Die politische Freiheit der Beamten unter der konstitutionellen Monarchie in Preußen und im Deutschen Reich, S. 97
REHM, S. 86 ff
ZWIRNER, S. 96 und 140
- 2) JELLINEK, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 198 N.1 m.w.N.
- 3) van CALKER, Die Amtsverschwiegenheitspflicht im Deutschen Staatsrecht, in:
Festgabe Otto MAYER, S. 138

(d) Die Weimarer Republik

Mit dem Ende der Monarchie schien auch das Ende des Berufsbeamtentums in Deutschland gekommen zu sein.

Die neuen, eine parlamentarische Demokratie bejahenden republikanischen Kräfte waren naturgemäß gegen die Monarchie und das damit weitgehend verbundene Berufsbeamtentum eingestellt. So hatten die nunmehr staatsbegründenden Parteien schon während des Konstitutionalismus¹⁾ die Abschaffung des Berufsbeamtentums gefordert. Jedoch zwang die Notwendigkeit, einen Großflächenstaat verwalten zu müssen, zur Beibehaltung des überkommenen Berufsbeamtentums. So appellierte der spätere Reichspräsident EBERT am 9. November 1918 an alle Beamten, "aus Liebe zu unserem Volke" auf ihrem Posten zu bleiben, um "das deutsche Volk vor Bürgerkrieg und Hungersnot zu bewahren."²⁾

Mit ähnlichen Aufrufen forderten auch der Berliner Vollzugsrat der Arbeiter- und Soldatenräte am 11. und 12. November 1918 sowie die neugebildeten Landesregierungen in den Ländern die Beamten zum Verbleiben auf.³⁾

Während diesen Äußerungen die Beibehaltung des Beamtentums aus lediglich administrativen Gründen in den Nachkriegswirren zu entnehmen ist, garantierte

1) 1891 hatte die sozialdemokratische Partei Deutschlands in ihrem Erfurter Programm folgende Forderungen erhoben: Wahl der Beamten durch das Volk, Verantwortlichkeit und Haftbarkeit derselben, Rechtsprechung durch vom Volk gewählte Richter. (MOMMSEN, Deutsche Parteiprogramme, S. 351 ff)

2) vgl. Prinz Max von Baden, Erinnerungen und Dokumente, Berlin 1927, S. 426

3) MORSEY, Rudolf, Zur Beamtenpolitik des Reiches von Bismarck bis Brüning, in: Demokratie und Verwaltung, S. 108

die Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919¹⁾ das Institut des Berufsbeamtentums, ohne eine Entscheidung über den verfassungsrechtlichen Standort der Beamtenschaft zu treffen.

"Die Väter der Verfassung vermochten die realen Auswirkungen der neuen Staatsgestaltung, die Dynamik der neuen Staatskonstruktion nicht zu übersehen."²⁾

Dieser Satz ESCHENBURG's beschreibt zutreffend die Tatsache, daß die Schöpfer der Weimarer Reichsverfassung die grundlegende Änderung in der staatsrechtlichen Situation der neuen Republik gegenüber nicht klar genug erkannt hatten. Denn gerade für das Berufsbeamtentum war der Zusammenbruch der Monarchie und das Entstehen einer parlamentarischen Demokratie eine entscheidende Zäsur.

Im Konstitutionalismus bildete das parteipolitisch neutralisierte Berufsbeamtentum allein die Exekutive, es repräsentierte den Staat.³⁾ Anders wurde es hingegen im parlamentarischen System. Hier spaltete sich die Exekutive in zwei einander wesensfremde Bestandteile. An der Spitze der Exekutive stand nunmehr als unmittelbares Staatsorgan das aus Parteipolitikern zusammengesetzte Kabinett als selbständige politische Entscheidungsinstanz. Es war wegen der Möglichkeit des parlamentarischen Mißtrauensvotums relativ labil.

Der zweite Bestandteil der Exekutive war das dem Kabinett untergeordnete Berufsbeamtentum als mittelbares, unpolitisches Staatsorgan. Es besaß infolge der lebenslänglichen Anstellung und der Unabsetzbar-

1) RGBL I, 1383

2) ESCHENBURG, Theodor, Der Beamte in Partei und Parlament, 1952, S. 40

3) PATZIG, S. 36

keit des einzelnen Beamten ein stabiles Fundament. Die Beamtenschaft war also nicht mehr alleiniger Träger der Exekutive. Art. 130 I WRV bestimmte, daß die neue Republik den während des monarchischen Systems geformten repräsentativen Beamtentyp übernehmen und das Beamtentum parteipolitisch neutralisieren sollte. Denn die Formulierung "Diener der Gesamtheit" konnte nichts anderes bedeuten, als daß den Beamten die Durchführung der allgemeinen Staatspolitik im Gegensatz zur Parteipolitik oblag.¹⁾

Fraglich war für viele Beamte, ob sie dem neuen Staat so ohne weiteres dienen durften. Viele von ihnen fühlten sich noch an ihren bereits in der Monarchie geleisteten Treue-Eid gebunden. Die gleiche Problematik hatte sich bereits 1850 in Preußen ergeben, als Beamte sich weigerten, den Eid auf die neue Verfassung zu leisten.²⁾

Dieser alte Beamteneid war - wie bereits oben dargestellt - dreiteilig. Neben dem Amtseid auf Erfüllung der Dienstpflichten enthielt er den Verfassungseid zur Beobachtung der Reichsverfassung und der Reichsgesetze sowie den Treue- und Gehorsamseid gegenüber dem Monarchen.

Bezüglich der persönlichen Treuepflicht ergab sich nach dem Ende der Monarchie folgendes:

In der neuen Republik war für einen Monarchen von "Gottes Gnaden"³⁾ kein Platz. Auch der Reichs-

1) PATZIG, S. 38

2) vgl. das Urteil des preußischen Obertribunals vom 21.5.1850, JMBL 18, 222 ff

3) Zum Gottesgnadentum vgl.:
KERN, Fritz, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im frühen Mittelalter - Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie, 1915, 2. Aufl. 1954, und:
v.BORCH, Herbert, Das Gottesgnadentum - Historisch-soziologischer Versuch über die religiöse Herrschaftslegitimation, 1934

präsident - als neues Staatsoberhaupt - konnte die Stelle des Monarchen im Beamtenverhältnis weder formell noch substantiell ausfüllen. Eine arational oder gar transzendental begründete persönliche Bindung wie in der Monarchie¹⁾ konnte es zum republikanischen Staatsoberhaupt, das ja durch Wahl und nur für eine bestimmte Amtszeit berufen wurde, nicht geben. Die das Beamtenverhältnis noch bis 1918 kennzeichnende personale Treue hatte keinen Bezugspunkt mehr.

Trotzdem wurde es den Beamten ermöglicht, dem neuen Staat zu dienen, ohne persönlich untreu zu sein. Denn die abdankenden Monarchen entließen ihre Beamten aus dem ihnen von diesen geleisteten Treueeid.²⁾

Hinsichtlich der institutionellen Treue ist bereits ausgeführt worden, daß diese gegen Ende der konstitutionellen Epoche zur Gehorsamspflicht verblaßt war. Dieser Umstand war in der Staatswirklichkeit der kaiserlichen Monarchie aber nicht zutage getreten. Denn die reine Gehorsamspflicht an Stelle einer Treuepflicht genügte zur Erfüllung der den Beamten übertragenen Staatsaufgaben, da zwischen der Beamtenschaft und der monarchischen Staatsregierung grundsätzlich politische Überein-

1) PARTSCH, K.J., Verfassungsprinzipien und Verfassungsinstitutionen, 1958, S. 28

2) vgl. z.B. die Thronverzichtserklärung WILHELM's II vom 28.11.1918, JÖR 9 (1920), S. 19

stimmung herrschte.¹⁾

Als diese 1918 neben der personalen Treue entfiel, wurde das Auseinanderklaffen von institutioneller Treue und Gehorsam schlagartig offenbar.

Ein besonderer Umstand verschlimmerte diese Situation noch. Die neue Republik war nicht in der Lage, die mit der Monarchie fortgefallene Staatsidee durch eine neue zu ersetzen. Die von der demokratisch gewählten Nationalversammlung verabschiedete Weimarer Reichsverfassung bildete keine Grundlage zur Erzielung eines Konsenses für eine allgemein anerkannte Staatsidee.²⁾

Damit war jeder Beamte vor die Aufgabe gestellt, über die weltanschaulichen Voraussetzungen seiner Amtsführung nach bestem Gewissen selbst zu entscheiden.³⁾

1) An dieser Feststellung ändert sich durch die Anführung des Gegenbeispiels der sog. "Kanalrebelln" nichts. Im Jahre 1899 stimmten mehrere Beamte, Abgeordnete im preußischen Abgeordnetenhaus, gegen die Gesetzesvorlage über den Bau des Mittellandkanals, obwohl sie unmittelbar vor der Abstimmung auf Anweisung des Kaisers vom Innenminister zum Mandatsverzicht aufgefordert worden waren, falls sie nicht regierungskonform abstimmten. Daraufhin wurden die sog. "Kanalrebelln" - 2 Regierungspräsidenten und 18 Landräte - in den einstweiligen Ruhestand versetzt, später jedoch wiederverwendet.
vgl. dazu: STEINBACH, Bernhard, S. 83 und 86
Dieser Fall betraf zum einen nicht die Amtsführung der Beamten, sondern ihr Verhalten als Parlamentarier, und zudem war es ein untypischer Einzelfall von höheren, sog. politischen Beamten.

2) vgl. hierzu auch WIESE, S. 70

3) so auch PATZIG, S. 40

Der in ihrer inneren Einstellung größtenteils unveränderten Beamtenschaft kam die - bereits mehrfach geschilderte - Verengung der institutionellen Treuepflicht zur bloßen Gehorsamspflicht sehr gelegen. Hierdurch wurde es ihr nämlich ermöglicht, - im Einklang mit der herrschenden Lehre¹⁾ - der Republik gehorsam ihren Dienst zu leisten, ohne dabei institutionell untreu sein zu müssen. Dies wurde an der bald aufkommenden Diskussion - neben der über die politische Treuepflicht - über Art. 176 WRV deutlich.

Art. 176 WRV verlangte von allen "öffentlichen Beamten und Angehörigen der Wehrmacht" eine Verteidigung auf die Reichsverfassung. Den genauen Wortlaut des Eides sollte der Reichspräsident durch eine Verordnung bestimmen. Nach der in Ausführung dieses Verfassungsgebots ergangenen Verordnung des Reichspräsidenten vom 14. August 1919²⁾ hatten die Reichsbeamten zu schwören:
"Ich schwöre Treue der Verfassung, Gehorsam den Gesetzen und gewissenhafte Erfüllung meiner Amtspflichten";
alle übrigen öffentlichen Beamten:

1) WIESE, S. 70

2) RGB1 S. 1419

"Ich schwöre Treue der Reichsverfassung."¹⁾ + 2)

Die meisten Beamten schworen den Eid.

Ein anderer Teil der Beamtenschaft verweigerte den Eid.³⁾ Gerichte verschiedener Gerichtszweige mußten sich mit den dadurch entstandenen Problemen beschäftigen.⁴⁾

1) Eid der Angehörigen der Wehrmacht:

"Ich schwöre Treue der Reichsverfassung und gelobe, daß ich als tapferer Soldat das Deutsche Reich und seine gesetzmäßigen Einrichtungen jederzeit schützen, dem Reichspräsidenten und meinen Vorgesetzten Gehorsam leisten will."

Zum Streit über die Rechtsgültigkeit dieser Anordnung, insbesondere ihre Vereinbarkeit mit Art. 130 II WRV, vgl.:

PROVGE 77, 495 (497 + 499)

FRIESENHAHN, Der politische Eid, S. 113 ff

- 2) Der Gesetzgeber sah sich nach den Morden an Erzberger und Rathenau veranlaßt, ein Gesetz über die Pflichten der Beamten zum Schutz der Republik zu verabschieden. Aufgrund dieses am 21.7.1922 (RGBI I S. 590) mit verfassungsändernder Mehrheit (Art. 76 WRV) beschlossenen Gesetzes wurde ein § 10 a in das Reichsbeamtengesetz eingefügt. Hierdurch wurden die Beamten verpflichtet, in ihrer amtlichen Tätigkeit für die verfassungsmäßige republikanische Staatsgewalt einzutreten und dabei alles zu unterlassen, was mit ihrer Stellung als Beamter der Republik nicht zu vereinbaren war; vgl.: KÖTTGEN, Arnold, Berufsbeamtentum, S. 108 ff ANSCHÜTZ, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 14.Aufl. 1933, Art. 130 Anm. 4 GIESE, Friedrich, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 8.Aufl. 1931, Art. 130 Anm. 2 FRIESENHAHN, Der politische Eid, S. 124 ff

- 3) KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 19 :
"...unzählige Eidesverweigerungen..."

- 4) OVGE 77, 495 + 501
OVGE 78, 439
RGZ 108, 345
RGSt 55, 56
weitere Hinweise bei:
WIESE, S. 71 FN 41

In dieser Judikatur kommt klar zum Ausdruck, wie inhaltsbestimmend der personale Bezug, der "lehnsrechtliche Gedanke des von Person zu Person geknüpften Verhältnisses"¹⁾ für das Beamtenverhältnis war.

Das Preußische Oberverwaltungsgericht stellt in seinem Urteil vom 10. November 1921²⁾ noch einmal den Unterschied der Treuebegriffe in den herkömmlichen Beamteneiden und dem Eid auf die Weimarer Reichsverfassung deutlich heraus.

"Das von einem Beamten erforderte eidliche Gelöbnis der Treue wurde nach bisherigem deutschem Staatsrechte dem Träger und Verkörperer der Staatsgewalt gegenüber abgelegt und begründete ein von Person zu Person geknüpftes Verhältnis, das die ganze Person des Schwörenden ergriff und ihn nicht nur in seinen amtlichen Beziehungen, sondern auch in seinen übrigen Lebensverhältnissen band, die Ziele und Bestrebungen dessen, dem die Treue gelobt war, durch Einsatz seiner gesamten Persönlichkeit zu fördern."³⁾

Das Gericht betont aber auch, daß ein derartiger auf den lehnsrechtlichen Treuebegriff zurückzuführender, "die Gesamthingabe der Persönlichkeit einschließender Treueeid"⁴⁾ mit Art. 176 WRV unvereinbar sei. Der neue republikanische Verfassungseid besagte nach der Auffassung des Gerichts im Sinne genau das gleiche, was Art. 108 der Preußischen Verfassung von 1850⁵⁾ von den Beamten verlangte: nämlich die Verfassung gewissenhaft zu beachten. Der Beamte in der Weimarer Republik habe also die

1) PROVGE 77, 495 (498)

2) PROVGE 77, 485

3) PROVGE 77, 485 (497 ff) mit weiteren Nachweisen aus der Literatur vor 1918

4) PROVGE 77, 495 (498)

5) pr GS, S. 17

Verfassung "gewissenhaft zu beobachten" und zu erfüllen.¹⁾

In der Judikatur wurde immer wieder betont, daß die Treue gegenüber einer *S a c h e* im Verhältnis des Verpflichteten zu dem Treuegegenstand eine Bindung mehr *ä u ß e r l i c h e r* Art sei, die die innere Gesinnung des Verpflichteten unberührt lasse.²⁾ Die Treuepflicht des Beamten erschöpfe sich zwar nicht in der gehorsamen Erfüllung einzelner Verfassungsgesetze, er sei aber verpflichtet, sich unbeschadet seiner inneren Überzeugung aller Handlungen zu enthalten, die geeignet seien, den durch die Weimarer Reichsverfassung geschaffenen Zustand zu beeinträchtigen. Der Beamte werde nur mit dieser Intention durch seinen Treueeid an die Verfassung gebunden, nicht hingegen mit der Folge einer innerlichen, bis zur Selbsteinsetzung gehenden Hingabe. Den Beamten würde durch die Art. 118 I und 130 II WRV das Recht freier politischer Gesinnung und Betätigung gewährt. Diese Normen stellten ausdrücklich klar, daß die Treuepflicht ein innerliches Gebundensein an die Weimarer Reichsverfassung *n i c h t* erfordere. Durch die Leistung des in Art. 176 WRV vorgeschriebenen Eides würden die Beamten lediglich verpflichtet, bei der Wahrnehmung ihres Amtes die Bestimmungen der Verfassung gewissenhaft zu beachten.³⁾

1) PROVGE 77, 485 (498 + 504)

2) Nachweise bei: WIESE, S. 71

3) PROVGE 77, 504
PROVGE 78, 442 ff
FRIESENHAHN, S. 2

(e) Der Nationalsozialismus

Die Entwicklung des Beamtenrechts in der Zeit des Nationalsozialismus ist zwar nicht geeignet, als "hergebracht" i.S.d. Art. 33 V GG in der Bonner Demokratie gelten zu können. Trotzdem soll sie bezüglich der Treuepflicht der Vollständigkeit halber hier kurz dargestellt werden.

Die neuen Machthaber begannen sofort, das Beamtenrecht in ihrem Sinne umzuformen. Diesen Vorgang hat das BVerfG folgendermaßen beschrieben:

"Unmittelbar nach der Machtübernahme begann die planmäßige Arbeit Hitlers und der NSDAP an der Zerstörung des parteipolitisch neutralen (Art. 130 WRV) Berufsbeamtentums, indem einerseits der verfassungsmäßige Schutz der Beamten gegenüber dem Gesetzgeber (Art. 129 WRV) beseitigt, andererseits das Beamtenverhältnis in ein persönliches Treueverhältnis zu Hitler selbst und in ein Abhängigkeitsverhältnis zu der den Staat beherrschenden Partei umgestaltet wurde."¹⁾

Ähnlich wie im Arbeitsrecht²⁾ wurde auch im Beamtenrecht eine Renaissance lehensrechtlicher Gedanken versucht. Im Vordergrund stand hier die "Wiederbelebung" der personalen Treuepflicht der Beamten. Diese kommt im Wortlaut der Eidesformel deutlich zum Ausdruck, die aufgrund des § 3 des Gesetzes über die Vereidigung der Beamten und Soldaten der Wehrmacht vom 20.8.1934³⁾ auch von bereits eingestellten Beamten nachzusprechen war.⁴⁾ Die Beamten und Soldaten hatten an erster Stelle zu schwören, "dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes Adolf Hitler treu und gehorsam" zu sein.

1) BVerfGE 3, 59 (89)

2) vgl. oben S. 15

3) RGBI I, S. 785

4) vgl. hierzu: MATTHEY, Zur Rechtsangleichung bei Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst, S. 33

Diese hier normierte "Treuepflicht" beschränkte sich aber nicht auf die Person Hitlers. Das Regime versuchte vielmehr - nachdem es sich konsolidiert hatte - die Beamten schrittweise in das nationalsozialistische System einzugliedern.¹⁾ So wurde der Austritt eines Beamten aus der NSDAP mit der Dienstentlassung quittiert, wenn dieser das Programm der Partei ablehnte.²⁾

Die Kulmination wurde mit Erlass des Deutschen Beamtenengesetzes (DBG) vom 26.1.1937³⁾ erreicht. Die Präambel beschrieb das Beamtentum als "ein im deutschen Volk wurzelndes, von nationalsozialistischer Weltanschauung durchdrungenes Berufsbeamtentum, das dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes, Adolf Hitler, in Treue verbunden ist."

§ 3 II DBG normierte:

"Der Beamte hat jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einzutreten und sich in seinem gesamten Verhalten von der Tatsache leiten zu lassen, daß die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei in unlösbarer Verbundenheit mit dem Volk die Trägerin des deutschen Staatsgedankens ist. Er hat Vorgänge, die den Bestand des Reiches oder der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei gefährden können, auch dann, wenn sie ihm nicht vermöge seines Amtes bekannt geworden sind, zur Kenntnis seiner Dienstvorgesetzten zu bringen."

1) vgl. dazu BÖTTCHER, Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, S. 28 m.w.N. in FN 40

2) vgl. den Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Inneren vom 27.2.36, abgedruckt in DEUTSCHE JUSTIZ 1936, 350. Andererseits wurden "linientreue" Beamte bevorzugt eingestellt und befördert; vgl. hierzu die §§ 4, 8, 12 der "Reichsgrundsätze über Einstellung, Anstellung und Beförderung der Reichs- und Landesbeamten" vom 14.10.36 (RGBl I, S. 893 ff)

3) RGBl I, S. 39

Mit der Installierung dieser Norm wurde endgültig klar, daß es sich hierbei nicht um eine "Wiederbelebung" der oben dargestellten, in der monarchischen Epoche geltenden Grundsätze handelte. Mit der Vereidigung der Beamten auf diese "Grundsätze" wurde vielmehr der Versuch unternommen, diese gemäß dem Wesen des total nationalsozialistisch geprägten Staates zur vollständigen Identifikation mit dem Regime und dem Staatsdogma zu zwingen.^{1) + 2)}

Abschließend sei angemerkt, daß das BVerfG sich angesichts der Entwicklung im Nationalsozialismus zu der Feststellung veranlaßt sah, daß alle Beamtenverhältnisse am 8.Mai 1945 erloschen seien.³⁾

1) BÖTTCHER, S. 29

2) Ein Musterbeispiel dafür, wie man sich in der Zeit des Nationalsozialismus bemühte, die Wiederbelebung der personalen Treuepflicht juristisch zu begründen, ist der Aufsatz KÖTTGEN's: Die Stellung des Beamtentums im völkischen Führerstaat, JÖR Bd. 25 (1938), S. 1 - 64

3) BVerfGE 3, 58

(f) Zusammenfassung

Der historische Abriß hat das Eingehen einer engen wechselseitigen Beziehung zwischen Staat und Berufsbeamtentum in der Vergangenheit sowie den Wandel der Treuepflicht mit ursprünglich personalem Bezug zum Monarchen bis hin zur institutionellen Treuepflicht aufgezeigt.

Hierbei wurde deutlich, daß zwei Charakteristika typisch für das deutsche Beamtentum sind: zum einen die Bindung an den Staat, nämlich die "Eingliederung" des Beamten in diesen als staatlicher Organwalter, zum anderen auch seine Einbeziehung in das V e r f a s s u n g s r e c h t.

Letzteres gilt seit der Zeit der republikanischen Verfassungen: So wurde das Beamtentum als Einrichtung des Staates in Art. 128 - 130 WRV und Art. 77 - 80 der Preußischen Verfassung von 1920 mit Verfassungsrang ausgestaltet, während die Reichsverfassung vom 1871 wegen der damaligen Verbindung von Monarchie und Beamten darauf verzichten konnte.¹⁾

Damit steht auch fest, daß aufgrund der historischen Entwicklung bei der Treuepflicht mit Recht von einer ihr eigenen Tradition gesprochen werden kann, die allgemeine Treuepflicht somit ein hergekommener Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne der vom BVerfG entwickelten Kriterien ist.

1) so auch: STERN, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 9

(2) Die allgemeine beamtenrechtliche
Treuepflicht als Strukturprinzip
des Berufsbeamtentums

Es ist schon erwähnt worden,¹⁾ daß der Kernbestand der von Art. 33 V GG geschützten Grundsätze nur dann beschrieben werden kann, wenn über das Wesen und damit die Aufgabe des Berufsbeamtentums Klarheit besteht.

(a) Das Wesen und die Aufgabe des Berufs-
beamtentums im demokratischen Staat

Fraglich ist, welche Aufgabe dem Berufsbeamtentum gerade im demokratischen Rechtsstaat zukommt. Wie bereits oben²⁾ ausgeführt, sollte der Beamte die Verwirklichung des vom Verfassungsgeber gewollten Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung garantieren.

Die Mehrheit der Abgeordneten im Parlamentarischen Rat hielt das Beamtentum und seinen öffentlich-rechtlichen Charakter für eine Garantie des Rechtsstaats³⁾ und seine Verankerung in der Verfassung für nötig. Im übrigen konnten sich die Verfassungsgesetzgeber genausowenig wie die politisch Verantwortlichen nach dem ersten Weltkrieg der Tatsache verschließen, daß jeder demokratische Staat darauf angewiesen ist, daß die einmal von den zuständigen Verfassungsinstitutionen getroffenen Entscheidungen in Verwaltungs-

1) vgl. S. 186

2) vgl. S. 183

3) vgl. v.DOEMMING/FÜSSLEIN/MATZ, JÖR NF 1, S. 315

Interessant ist in diesem Zusammenhang noch, daß 61 % der Abgeordneten des Parlamentarischen Rates Berufsbeamte waren; in der CDU-Fraktion sogar 79 %.

maßnahmen umgesetzt werden. Zu dieser Umsetzung parlamentarischer Mehrheitsentscheidungen in Verwaltungstätigkeit wird auch in unserem Zeitalter noch eine gewisse Anzahl von Staatsbürgern benötigt,¹⁾ da der Staat als solcher nicht handlungsfähig ist. Diesen wird durch Art. 33 IV GG zur Aufgabe gemacht, den Staatswillen, der sich in den Gemeinwohlentscheidungen des Parlaments manifestiert, "auszuführen". Sie haben im Rahmen der Exekutivgewalt Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) zu verwirklichen und so das Gemeinwohl zu fördern.²⁾ Die Personen, die zur Erfüllung dieser Staatsaufgaben ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat und seinen Untergliederungen begründen, werden herkömmlich als Beamte bezeichnet.³⁾

Aber nicht nur die Umsetzung der vom Gesetzgeber getroffenen Gemeinwohlentscheidungen in konkrete Verwaltungstätigkeit als solche, sondern die u n v e r f ä l s c h t e Umsetzung ist entscheidend.

Hier wird deutlich, daß die Stellung des beamteten Staatsbürgers quasi doppelt tangiert wird: Zum einen ist der Beamte Staatsbürger wie jeder andere "Nicht-Beamte" auch. Ihm werden u.a. durch die Verfassung politische Mitwirkungsrechte bei der politischen Gestaltung des Gemeinwesens eingeräumt. Auch dem beamteten Staatsbürger bleibt es daher unbenommen, sich in politischen Parteien zu organisieren (solange diese nicht verboten sind

1) Gemäß Art. 33 II GG haben nur Deutsche Zugang zu öffentlichen Ämtern.

2) JUNG, S. 160

3) Ihr zum Staat bestehendes Rechtsverhältnis ist deshalb als ein besonderes zu charakterisieren, weil es sich vom Rechtsverhältnis, in dem jeder Bürger, der nicht die soeben dargestellten Aufgaben wahrnimmt, also "Nicht-Beamter" ist, zum Staat steht, unterscheidet.

oder offen verfassungsfeindliche Ziele verfolgen)¹⁾
und ihm steht das aktive und passive Wahlrecht zu.
Es liegt nun in der Natur der parlamentarischen
Demokratie, daß ein Wechsel in den Mehrheitsver-
hältnissen des Parlaments und damit auch in der
Exekutive eintreten kann. So ist es möglich, daß
ein großer Teil der Staatsbürger nicht mit der
Politik der jeweiligen Regierung und der sie
"tragenden" Parlamentarier einverstanden ist. Dieser
Personengruppe fiele es schwer, die getroffenen
Entscheidungen unverfälscht in Verwaltungstätigkeit
umzusetzen. Nun kann nicht nach jeder Wahl - sofern
sie Mehrheitsänderungen erbracht hat - der personelle
Verwaltungsapparat ausgewechselt werden²⁾, da dies
zum einen die Kontinuität der Verwaltung beein-
trächtigen würde (Einarbeitsungszeit der neuen
Amtsinhaber) und zum anderen volkswirtschaftlich
sowie arbeitsmarktpolitisch unerwünschte Folgen
bei einer so großen Anzahl von in der Verwaltung
Tätigen zeitigen würde.³⁾

Aus diesen Gründen ist das demokratische Gemeinwesen
darauf angewiesen, daß eine gewisse Anzahl ihrer
Staatsbürger unabhängig von eigenen politischen
Präferenzen bereit ist, die Entscheidungen des Par-
laments in Verwaltungsentscheidungen umzusetzen:

-
- 1) Zur Frage, wann eine Partei offen verfassungs-
feindliche Ziele verfolgt vgl. neuestens:
BVerwG, Urteil vom 29.10.1981, NJW 1982, 779
 - 2) so früher in den USA das sog. "Beutesystem",
"spoil system"
 - 3) Die Ablehnung des "spoil system" bedeutet
keine Ablehnung gegen die vom Verfasser als
notwendig anerkannte Möglichkeit der Ablösung
der Inhaber von Spitzenämtern innerhalb der
Ministerialbürokratie im Falle eines Regierungs-
wechsels.

Das demokratische Gemeinwesen ist darauf angewiesen, daß es von Staatsbürgern verwaltet wird, die "neutral" als "ausgleichender Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften" wirken.¹⁾

Auch die Rechtsprechung hat die Bedeutung eines unabhängigen Beamtentums für den Staat mehrfach herausgehoben:

"Der Staat in seiner freiheitlich demokratischen Verfaßtheit bedarf, wenn er sich nicht selbst in Frage stellen will, eines Beamtenkörpers, der für ihn und die geltende verfassungsmäßige Ordnung eintritt, in Krisen und Loyalitätskonflikten ihn verteidigt, indem er die ihm übertragenen Aufgaben getreu in Einhaltung mit dem Geist der Verfassung, mit den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen und Geboten und den geltenden Gesetzen erfüllt."²⁾

Noch konkreter hat sich das BVerwG geäußert:

Leitmotiv für die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums - und damit Interpretationshilfe bei der Feststellung der Strukturprinzipien - sei die Sorge um eine ordnungsgemäße Erfüllung der Staatsaufgaben:

1) SUERMANN, Der Beamte in der Demokratie, in:

ZBR 1965, 1 - 4

dazu auch:

BVerfGE 7, 155 (162 ff)

BVerfGE 8, 1 (16)

BVerfGE 11, 203 (216)

Max WEBER hat die geforderte "neutrale" Dienstführung des Beamten folgendermaßen charakterisiert: Sein Stolz ist, die Unparteilichkeit zu hüten und also seine eigenen Neigungen und Meinungen überwinden zu können, um gewissenhaft und sinnvoll durchzuführen, was allgemeine Vorschrift oder besondere Anweisung von ihm verlangen, auch und gerade dann, wenn sie seinen eigenen politischen Auffassungen nicht entsprechen. (WEBER, Gesammelte Politische Schriften, Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland - in dem Kapitel: Verwaltungsöffentlichkeit und Auslese der politischen Führer, S. 294 ff (339 ff))

2) BVerfGE 39, 334 (358)

BVerfGE 7, 155 (163)

"Das Berufsbeamtentum sollte, gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften bilden."¹⁾

Aus diesen Gründen haben der Bundesgesetzgeber in den §§ 35 I Satz 1 BRRG, 52 I Satz 1 BBG - und entsprechend die Landesgesetzgeber in den Landesbeamtengesetzen - die Beamten bezüglich ihrer Aufgabenerfüllung zu parteipolitischer Neutralität verpflichtet. Aus der vorstehend geschilderten Aufgabenstellung der Beamten im demokratischen Gemeinwesen lassen sich für die rechtliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses folgende Fixpunkte markieren, die zugleich den Unterschied zum Arbeitsverhältnis der nichtbeamteten Staatsbürger deutlich aufzeigen:

- Da den Beamten durch die Verfassung die Aufgabe übertragen worden ist, die Gemeinwohllentscheidungen des Parlaments unverfälscht in Verwaltungstätigkeiten umzusetzen, obliegt dem Gesetzgeber (Parlament) die Kontrolle der Beamtentätigkeit. Dies entspricht - da die Beamten Teil der Exekutive sind - auch dem Prinzip der Funktionen-

1) BVerwGE 47, 330 (334)

trennung.¹⁾

- Zur Erleichterung und Effizienz dieser Kontrollaufgabe als auch vor allem deshalb, um den Besonderheiten der Rechtsstellung des Beamten (öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis) gerecht zu werden, hat der Grundgesetzgeber die Schaffung eines eigenen Beamtenrechts normiert. (Art. 33 V GG).

1) Nicht zu übersehen ist die Tatsache, daß die Angestellten im öffentlichen Dienst aufgrund der Bestimmungen des BAT ähnlichen Pflichten unterliegen wie die Beamten. Diese Angleichung hat aber keine unmittelbaren Auswirkungen auf die rechtliche Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses. Denn nach wie vor sind aufgrund des Art. 33 V GG die hoheitsrechtlichen Aufgaben den Beamten ("in der Regel") übertragen. Von dieser rechtlichen Überlegung ist die schon seit Jahren andauernde Praxis, daß Angestellte eingestellt wurden, die die gleiche Arbeit verrichten wie Beamte oder umgekehrt Beamte für offensichtlich nicht-hoheitsrechtliche Aufgaben herangezogen werden, zu trennen. Daher erscheint es unentbehrlich, den Begriff "hoheitsrechtliche Befugnisse" (Wahrung des Funktionsvorbehalts) präzise zu definieren. Dies ist bis heute noch nicht geschehen. (vgl. hierzu: KIRCHHOF, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse in Artikel 33 Absatz IV des Grundgesetzes) Demzufolge - und unter dem angeblichen Zwang, daß in den Haushaltsplänen der öffentlichen Arbeitgeber nur eine beschränkte Anzahl von Beamtenstellen ausgeworfen sind, die aber nicht zur Bewältigung der anstehenden Aufgaben ausreiche - wird der alte Zustand perpetuiert.

(b) Das Verhältnis der allgemeinen Treue-
pflcht zum Berufsbeamtentum

Fraglich bleibt, ob für ein solches Berufsbeamtentum eine allgemeine Treuepflicht so wesentlich ist, daß ihr Wegfall das Wesen des Berufsbeamtentums in der Bundesrepublik Deutschland antasten würde.

Zwischenergebnis der historischen Betrachtung war die Feststellung, daß die ursprünglich persönliche beamtenrechtliche Treuepflicht sich zu einer institutionellen Treuepflicht des Beamten gewandelt hat.

Es ist daher zu untersuchen, wer Adressat einer allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht unter der Geltung des Grundgesetzes sein kann.

In der Bundesrepublik Deutschland ist ebensowenig wie in der Weimarer Republik eine Bezugsperson für die Treuepflicht der Beamten vorhanden, da gemäß Art. 20 II GG alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, somit Träger der Staatsgewalt keine Einzelperson ist. Da auch die von der Verfassung vorgesehenen Organe wie Bundespräsident, Bundeskanzler oder die Bundesminister¹⁾ wegen ihrer zeitlich begrenzten Amtsperioden als Bezugspersonen einer zeitlich nicht begrenzbaren Treuepflicht ausscheiden, kann es sich bei der Treuepflicht der Beamten unter der Geltung des Grundgesetzes nur um eine institutionelle Treue handeln.

1) Gleiches gilt für die entsprechenden Organe der Länder und Gemeinden.

(aa) Die Treue als metaphysisches Band
zwischen Beamten und Staat

Ein Teil der Literatur knüpft zur Beantwortung dieser Frage unmittelbar an die Zeit des Konstitutionalismus an und setzt den Staat - begriffen als Person und Träger sittlicher Werte - an die Stelle des Monarchen.¹⁾ Diese Autoren behaupten die Existenz eines metaphysischen Bandes der Treue zwischen dem Staat und seinen Beamten. Dieser Auffassung liegt das dualistische Staatsverständnis des 19. Jahrhunderts zugrunde. Damals standen sich Staat und Gesellschaft in Gestalt des monarchisch-partikularen Beamtenstaates und des national-liberalen Bürgertums gegenüber.²⁾ Der Staatsform Demokratie ist eigentümlich, daß das souveräne Volk Inhaber der Staatsgewalt ist. Aus der Gesamtheit der vom Volk innegehaltenen Staatsgewalt leiten sich dann alle staatlichen Befugnisse ab, so daß zwischen Regierenden und Regierten grundsätzlich Übereinstimmung besteht. Die demokratische Staatsform akzeptiert die Tatsache, daß das Volk aus einer Vielzahl von Individuen besteht, die sehr differenzierte, oft konkurrierende oder gar konträre Meinungen und Interessen haben, die sich auch nur beschränkt einig sind und sich auch nur partiell überhaupt verstehen können. Sie verlangt deshalb von allen Staatsbürgern (Volk), daß diese ihre Einheit "als Einigkeit im Wege der

-
- 1) vor allem: MAYER, Franz, Rechtsgutachten, in: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. 5, S. 557 ff
 vgl. auch: HUECK-NIPPERDEY, Arbeitsrecht II, S.629
- 2) S. 199 f. der Arbeit und vertiefend: WIESE, S. 33 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen

Integration immer aufs neue erringen müssen."¹⁾
Grundlage jeder demokratischen Ordnung ist somit
der Konsens ihrer Bürger.²⁾ Der Staat ist "funktional
auf die Gesellschaft bezogen"³⁾, und der Einzelne
lebt in einem solchen Staat nicht als Individuum,
sondern als verantwortliches Glied einer Gemein-
schaft, die sich nicht mehr - wie die bürgerliche
Gesellschaft des 19. Jahrhunderts - im Gegensatz
zum Staat sieht, sondern sich selbstverantwortlich
ordnet und zugleich sich zum Staat zu organisieren
und sich zu integrieren sucht.⁴⁾ Daher läßt sich der
Staat als diejenige Organisationsform der Gesell-
schaft bezeichnen, deren Funktion es ist, mit den
Mitteln des Rechts und der hinter dem Recht
stehenden Macht zu seiner Durchsetzung dafür Sorge
zu tragen, daß der Bestand, die Ordnung und die
Realisierung der notwendigen gemeinsamen Zwecke
einer Gesellschaft gewährleistet werden.⁵⁾ Gesell-
schaft ist hingegen der Bereich, in dem eine Viel-
falt von Zwecken angestrebt und realisiert wird,
und zwar sowohl Individualzwecke als auch Gruppen-
zwecke, unabhängig davon, ob sie ökonomischer,
religiöser oder sonstiger Art sind.⁶⁾ Demnach

1) WIESE, S. 43

2) LAUFER, Die demokratische Ordnung, S. 101 ff (105)

3) DRATH, Artikel: Staat (Erster Teil), in:
EvStL. 2. Aufl., Sp. 2433

4) vgl. hierzu:

HERZOG, Allgemeine Staatslehre, S. 51 ff und 118 ff
derselbe, Gutachten, in:
Verfassungspolitische Probleme einer Reform des
öffentlichen Dienstrechts, Studienkommission für
die Reform des öffentlichen Dienstrechts,
Bd. 6, S. 161 (169 f.)

5) so SONTHEIMER/BLEEK, Verfassungspolitische Per-
spektiven einer Reform des öffentlichen Dienstes
in der Bundesrepublik Deutschland, Anlageband 6
zum Bericht der Studienkommission für die Reform
des öffentlichen Dienstrechts, S. 258

6) SONTHEIMER/BLEEK, S. 259

existiert auch in der demokratischen Staatsform ein "Gegenüber" von Herrschaftsorganisation und Individuum.

Gesellschaft und Staat sind zwar nicht identisch, aber zwischen ihnen besteht ein "Verhältnis der Zuordnung, der gegenseitigen Annäherung, Beeinflussung und Durchdringung bei gleichwohl jederzeitiger klarer Unterscheidbarkeit."¹⁾

Der demokratische Staat ist keine ein für allemal "erzeugte Ordnung"²⁾, sondern eine sich in der Geschichte dauernd neu konstituierende Einheit.³⁾

1) so RIDDER, Zur verfassungsrechtlichen Stellung, S. 14

EHMKE, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem in: Festgabe Rudolf SMEND, S. 23 ff

HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S.16

BULL, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, S. 67 ff

WIESE, S. 39 ff

HOFFMANN, Beamtentum und Streik, S. 167

2) KELSEN, Reine Rechtslehre, S. 283 mit Bezug auf das Recht

3) SMEND, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, S. 120, 132, 136 ff

SCHEUNER, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, in: Festgabe Rudolf SMEND, S. 255 (259)

(bb) Die Treue als metaphysisches Band
zwischen Beamten und Staatsidee

Von anderen Autoren wird ein beamtenrechtliches Treueverhältnis in einer metaphysischen Verbindung des Beamten mit der Staatsidee gesehen. Demzufolge bezeichnen sie den Beamten als Repräsentanten oder gar als Träger dieser Staatsidee.¹⁾

Der dem Gemeinwohl verpflichtete Beamte verkörpere die über den Parteien stehende Staatsidee und die ihr immanente Idee der Gerechtigkeit und Ordnung. Fraglich ist, was unter Staatsidee zu verstehen ist, und ob der Beamte - wie in der Literatur immer wieder diskutiert ²⁾ - überhaupt repräsentationsfähig ist.

Repräsentieren heißt, daß ein "unsichtbares Sein" (LEIBHOLZ) durch ein öffentlich anwesendes Sein

1) GERBER, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, VVDStRL 7 (1932), S. 23

derselbe: Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes, in: DVBl 1951, 489 ff

KÖTTGEN, Berufsbeamtentum, S. 57

HEYLAND, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, S. 25 ff

THIEME, Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, S. 26 ff

MENZEL, Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik Deutschland, in: DÖV 1969, 517

ULE, Beamtenrecht im Wandel deutscher Staatlichkeit, DVBl 1963, 9, der allerdings den Beamten nicht als Repräsentanten der Staatsidee als ganzer, sondern nur als Repräsentanten der Rechtsstaatsidee als ganzer ansieht.

2) HEYLAND, S. 31

sichtbar gemacht und vergegenwärtigt wird.¹⁾

Im Gegensatz zum Vertreter ist der Repräsentant Träger eines ideellen Wertes, der durch ihn erst präsent wird.²⁾

Somit werden durch das Wesen der Repräsentation auch an die Person des Repräsentanten bestimmte Anforderungen gestellt. Repräsentieren kann nur, wer in seinen Entschlüssen frei, d.h. unabhängig ist. Der Repräsentant muß mit den Worten LEIBHOLZ³⁾ die Qualitäten eines "Herrn" und nicht eines "Dieners" besitzen, er muß einen eigenen Wert, eine eigene Würde und Autorität innehaben. Eine "Herreneigenschaft" kommt in der Demokratie dem Volk als Inhaber der Staatsgewalt zu, sowie den vom Volk berufenen höchsten Staatsorganen (Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung, Bundespräsident und Bundesverfassungsgericht)⁴⁾, denen die staatliche Willensbildung obliegt. Allein diese sind repräsentationsfähig. Die Beamten nehmen hingegen vorwiegend oder ausschließlich ausführende Funktionen wahr, die sie von der Repräsentation ausschließen.⁵⁾ Der Beamte ist nicht in seiner Funktion als Beamter, hingegen aber wohl als Staatsbürger repräsentationsfähig.

1) SCHMITT, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, S. 209

2) LEIBHOLZ, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltungswandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, S. 35

3) LEIBHOLZ, S. 72 ff m.w.N.

4) LAUFER, Die demokratische Ordnung, S. 85 ff (88)

5) vgl. auch HOFFMANN, AÖR 91, 176

Bezüglich des Begriffs der "Staatsidee" muß die Feststellung getroffen werden, daß die meisten Autoren ihn nicht erläutern. Sie begnügen sich mit der Feststellung, daß die Staatsidee über den Parteien stehe.

HEYLAND¹⁾ vertritt die Auffassung, daß den Beamten das Aufgehen in der Staatsidee die Kraft verliehen habe, unter jedem politischen System in Pflichttreue und Selbstlosigkeit dem Staat zu dienen. Hierin wird deutlich, daß die "Staatsidee" vom konkreten politischen System losgelöst ist. Die Theorie von der Repräsentation der Staatsidee entstammt der Zeit der Weimarer Republik. Mit ihr wurde versucht, der erstmals sich in voller Größe darstellenden pluralistischen Gesellschaft zu begegnen, indem dieser die Staatsidee als Ausdruck einer umfassenden, alle gesellschaftlichen Kräfte "autoritativ regulierenden Einheit" entgegengesetzt wurde.²⁾

GREWE³⁾ hat diese Repräsentationstheorie zutreffend als "den Versuch, die in den Zeiten des Konstitutionalismus im einzelnen ausgebaute Position des Beamtentums mit einer gedanklichen Hilfskonstruktion in ein demokratisches Zeitalter hinüberzuretten", bezeichnet.

Eine so verstandene "Staatsidee" ist mit einer vom Pluralismus getragenen Staatlichkeit unvereinbar. Eine vom konkreten politischen System unabhängige, für jede politische Ordnung gültige Staatsidee existiert nicht. Die Staatsidee ist stets auf den konkreten Staat bezogen: Sie ist die diesen Staat

1) HEYLAND, S. 33

2) WIESE, S. 57

3) GREWE, Inwieweit läßt Art. 33 V des Grundgesetzes eine Reform des Beamtensrechts zu? - in: Verhandlungen des 39. DJT, S. D 8

gegenwärtig verpflichtende Idee.¹⁾

(cc) Die freiheitlich demokratische
Grundordnung als "Gegenstand"
der Bindung der Beamten

Ein anderer Teil der Literatur sieht das Normen-
system der demokratischen Verfassung als Adressat
der beamtenrechtlichen Treuepflicht an ²⁾, ohne
zuvor auf die Staatsidee zu rekurrieren.

Knüpft man - unter Ausklammerung der Zeit des
formalistischen Positivismus - an die Tradition
des Spätabolutismus und des Frühkonstitutionalis-
mus an, so entspricht die institutionelle Treue
der Könige und ihrer Beamten zur Institution der
Krone und der in ihr verkörperten Werte in der
Bundesrepublik Deutschland als einer demokratischen
Republik der institutionellen Treue der Staats-
bürger (also auch der Beamten) zu den Fundament-
einrichtungen und Fundamentalnomen der Verfassungs-
ordnung.³⁾

-
- 1) In der Bundesrepublik Deutschland sind die vom
Konsens aller Staatsbürger umfaßten Grundent-
scheidungen in Art. 79 III GG "verfassungsfest"
niedergelegt. Staatsidee des politischen Systems
in der Bundesrepublik Deutschland ist demnach die
freiheitlich demokratische Grundordnung. vgl.:
BVerfGE 39, 334 (346 ff)
THIEME, Der öffentliche Dienst, S. 26
- 2) HAMANN/LENZ, Art. 33 GG, Anm. 7 b, bb
HOFFMANN, S. 178
LECHELER, ZBR 1972, 230
THIELE, Öffentliches Amt und politische Bindung,
in: DÖD 1967, 1 ff
und schon das ProVG in ProVGE 77, 495 (497)
- 3) WIESE, S. 72
In diesem institutionellen Sinne ist auch die
in Art. 5 III 2 GG normierte Treue zur Verfassung
zu verstehen.

Nur zu diesen Verfassungsinstitutionen, nicht hingegen zu den Personen, die die in der Verfassung vorgesehenen Ämter innehaben, besteht eine institutionelle Treuepflicht der Beamten. Daher muß sich auch in der Demokratie - wie schon in der Monarchie -¹⁾ diese institutionelle Treuepflicht dann gegen die Amtsinhaber richten, wenn diese der von ihnen gelobten Treue zu ihrem Amt untreu werden.²⁾

Somit läßt sich feststellen, daß eine beamtenrechtliche Treuepflicht nicht mehr als eine personale Bindung zu den personifizierten Trägern der staatlichen Institutionen zu verstehen ist.

Adressat einer beamtenrechtlichen Treuepflicht ist niemand anders als "das Normensystem der demokratischen Verfassung, in deren Gefüge der Beamte nach dem rationalen Zweck des öffentlichen Dienstes verpflichtet ist, Gesetz und Recht zu verwirklichen (Art. 20 III GG) sowie die Entscheidung des konkreten Parlaments in der Verwaltung zu vollziehen."³⁾

Aus alledem ergibt sich:

Würde eine derartige beamtenrechtliche Treuepflicht fortfallen, wäre das Wesen des Berufsbeamtentums "angetastet"⁴⁾.

Eine beamtenrechtliche Treuepflicht gehört damit zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG.

1) s.o. S. 196

2) Dies ist auch der Grundgedanke der §§ 38 II BRRG, 56 II, 61 IV BBG und 11 I 2, 14 IV SoldG;

3) HAMANN/LENZ, Art. 33 GG, Anm. 7 b, bb
HOFFMANN, S. 178
LECHELER, ZBR 1972, 230
THIELE, DÖD 1967, 1 ff
und schon das PROVGE in PROVGE 77, 495 (497)

4) BVerfGE 8, 332 (343)

II Die konkrete Bedeutung der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht und ihr Inhalt

Aus der oben beschriebenen institutionellen Treuepflicht der Beamten folgt, daß die Pflichten der Beamten kein Selbstzweck, sondern Mittel zu dem Zweck sind, die Erfüllung der dem Staat gestellten Aufgaben zu sichern.¹⁾

Um dies zu gewährleisten, enthalten die einzelnen Beamtengesetze des Bundes und der Länder entsprechende Normen in den sog. Pflichtenkatalogen.²⁾ Trotz dieser Verrechtlichung der Beamtenpflichten wird in der Literatur immer wieder über die in den Katalogen der Beamtengesetze normierten Beamtenpflichten hinaus auf eine a l l g e m e i n e beamtenrechtliche Treuepflicht rekuriert.³⁾ Über den Inhalt einer solchen allgemeinen Treuepflicht sind die Vorstellungen recht unterschiedlich und nebulös.

So vertritt ULE⁴⁾ - noch unter der Geltung des Grundgesetzes - die Meinung, daß die Treuepflicht eine G e s i n n u n g s p f l i c h t sei.

1) Funktion des öffentlichen Dienstes ist von Verfassungen wegen immer Dienst an der freiheitlich demokratischen Grundordnung selbst. So: MENDER, VerwArch Bd. 67, 105 (107) BÖTTCHER, Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967, S. 121

2) z.B. §§ 35 ff BRRG; 52 - 76 BBG; 55 - 82 LBG NRW

3) Es wurde bereits auf S. 175 erwähnt, daß sich sowohl das BVerwG als auch das BVerfG bislang noch nicht mit der Herleitung der allgemeinen Treuepflicht der Beamten befaßt haben.

4) ULE, Öffentlicher Dienst, in: Die Grundrechte IV/2 S. 573

JELLINEK¹⁾ vertrat diese Auffassung in der Weimarer Republik: Die Treuepflicht als Gesinnungspflicht führe dazu, "gewisse Handlungen und Unterlassungen des Beamten dienstlich verschieden zu bewerten, je nachdem, ob sie einer treulosen Gesinnung entsprungen sind oder nicht."²⁾

Mit dieser abzulehnenden Auffassung bedarf es keiner näheren Auseinandersetzung, zumal sie bei der disziplinarischen Würdigung von Verstößen gegen die Treuepflicht zu reiner Gesinnungs-"Strafe" zurückkehrt.

Der größte Teil der Autoren, die sich mit der beamtenrechtlichen Treuepflicht beschäftigen, stellen dann auch überwiegend auf ein Handeln der Beamten ab. Hier finden sich dann die schon aus der älteren Arbeitsrechtslehre bekannten Formulierungen wieder: Der Beamte müsse kraft seiner Pflicht zur Treue "seine ganze Kraft zur Wahrung der Interessen des Dienstherrn einsetzen"³⁾ oder "er sei zum vollen Einsatz seiner Persönlichkeit" verpflichtet.⁴⁾ Dies sind, wie LECHELER⁵⁾ zu Recht feststellt, inhaltsleere Allgemeinplätze.

Nach einer immer noch weit verbreiteten Auffassung besteht die hauptsächliche Wirkung der Treuepflicht

1) JELLINEK, Die Rechtsformen des Staatsdienstes, in: ANSCHÜTZ/THOMA, HdbDStr Bd. II, 20 (24)

2) JELLINEK, Die Rechtsformen des Staatsdienstes, S. 20

3) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Art. 33 GG, Rdn 71

4) Bonner Kommentar, Art. 33 GG, Anm. 7 b

5) LECHELER, ZBR 1972, 230

im Verbot des Streiks und seiner Ersatzformen.¹⁾
ISENSEE²⁾ hat nachgewiesen, daß es zum Verbot des
Streiks von Beamten³⁾ eines Rückgriffs auf die
beamtenrechtliche Treuepflicht nicht bedarf.

Somit erwiesen sich alle Versuche einer induktiven
Herleitung der allgemeinen beamtenrechtlichen
Treuepflicht als unfruchtbar.

An dieser Stelle erfährt die Feststellung
STEINBACH's⁴⁾, daß trotz der immer wieder beschwo-
renen "Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses"
die rechtssystematische Durchbildung jedenfalls der
Beamtenpflichten völlig vernachlässigt worden sei,
eine Bestätigung.

Oben wurde schon festgestellt, daß der Gesetzgeber,
der die Gemeinwohlerentscheidungen trifft, darauf an-
gewiesen ist, daß die Beamten diese unverfälscht
in Verwaltungstätigkeit umsetzen und daß er demzu-
folge das Recht hat, das Beamtenrecht zu gestalten.
Insofern drückt das Beamtenrecht einen von dem Ge-
setzgeber gewollten Sonderstatus für diejenigen
aus, die in einem öffentlich-rechtlichen
Dienst- und Treueverhältnis stehen.

1) BGH NJW 1953, 1066
ULE, Entwicklungstendenzen im Beamtenrecht, S.220
NIPPERDEY, Das Streikrecht, S. 762
HOHENESTER, Die Grenze der Streikfreiheit im Hin-
blick auf die Arbeitsniederlegung als solche,
S. 83

2) ISENSEE, Beamtenstreik, S. 52

3) zu dem hier nicht Stellung genommen wird

4) STEINBACH, Hartmut, Die Wahrhaftigkeitspflicht
des Beamten in rechtssystematischer Betrachtung,
in: ZBR 1965, 335

1. Die allgemeine Treuepflicht als Rechtsgrund
neuer, bisher unbenannter Beamtenpflichten

Die Formel "allgemeine Treuepflicht" könnte dann so zu verstehen sein, daß sie eine Umschreibung dafür ist, daß es dem Gesetzgeber - aufgrund des soeben beschriebenen Sonderstatus - möglich ist, den Beamten zusätzliche, bislang in den Katalogen der Beamtengesetze nicht normierte Pflichten aufzuerlegen und sie eventuell weiter in ihren Grundrechten zu beschränken, als dies bei anderen Staatsbürgern möglich ist.¹⁾

Demnach wäre die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht Rechtsgrund neuer, bisher unbenannter Beamtenpflichten und zugleich Rechtstitel zur Begrenzung von Grundrechten.²⁾

Diese Konstruktion, die auf den ersten Blick so griffig erscheint, wirft aber eine ganze Anzahl von Problemen und Fragen auf.

Denn Rechtsgrund ständig neuer Beamtenpflichten kann zweierlei bedeuten:

Die Treuepflicht kann zum einen den Beamten unmittelbar zu Handlungen verpflichten und die Unterlassung derselben als Pflichtverletzungen sanktionieren, ohne daß es des Dazwischentretens des Gesetzgebers bedarf.

Sie kann zum anderen aber auch Rechtsgrund nur zur gesetzlich en Neuformulierung von Beamtenpflichten sein, so daß die Treuepflicht den Beamten nicht unmittelbar selbst über die in den Katalogen der Beamtengesetze normierten Pflichten hinaus bindet.³⁾

1) vgl. hierzu auch LECHER, ZBR 1972, 231

2) vgl. hierzu HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, S. 138

3) so auch LECHER, ZBR 1972, 231

a) Die Schaffung neuer Beamtenpflichten
durch den Dienstherrn allein

Daß die soeben dargestellte erste Auffassung kein abstrakter, quasi esoterischer, akademischer Begründungsversuch ist, zeigt z.B. ein Blick in die Judikatur der Disziplinargerichte.

Diese ahnden - oder haben zumindest bis vor kurzer Zeit geahndet - angebliche Pflichtenverstöße, die in Verstößen unmittelbar gegen das öffentlich-rechtliche Treueverhältnis bestehen.¹⁾

Nach dieser Ansicht erschöpft sich der konkrete Pflichtenkreis der Beamten nicht nur in den Geboten in Rechts- und Verwaltungsvorschriften, den allgemeinen und besonderen Dienstanweisungen und den Einzelanweisungen, sondern er wird auch durch die von der Rechtsprechung bestimmten Pflichten, die den Beamten im Nachhinein durch Verordnung oder Erlaß bekanntgegeben werden, sowie durch noch nicht näher bestimmte Pflichten konkretisiert, die sich "aus der Natur des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses" ergeben.²⁾

Würde man dieser Auffassung folgen, unterlägen die Beamten auch heute noch - unter der Geltung des Grundgesetzes - einer unbeschränkten Inpflichtnahme. Dann wäre die Formel "allgemeine Treuepflicht des Beamten" ein in der Hand des jeweiligen Dienstvergesetzten quasi willkürlich zu handhabendes

1) vgl. die Nachweise bei:

DAU, Der Begriff des Dienstvergehens und sein Verhältnis zum Straftatbestand, in:

DVB1 1968, 62 (67 FN 71)

LINDGEN, Handbuch des Disziplinarrechts für

Beamte und Richter in Bund und Ländern, Bd. 3,

Ergänzungsband, S. 77 Nr. 121 m.w.N. in FN 2 a

MEYER-HENSCHEL, Das Berufsbild des Beamten in der Rechtsprechung des Bundesdisziplinarhofs, in:

ZBR 1963, 277 (278)

2) LINDGEN, S. 77 Nr. 121

Disziplinierungsmittel gegenüber den Beamten. Dies wirft die Frage auf, ob die Beamten durch "Eintritt" in das Beamtenverhältnis "Gewaltunterworfen" werden, ob mit anderen Worten das Beamtenverhältnis auch heute noch als "besonderes Gewaltverhältnis" bezeichnet werden kann bzw ob heute überhaupt noch besondere Gewaltverhältnisse existieren.¹⁾

aa) Der Inhalt des besonderen Gewaltverhältnisses in seiner historischen Entwicklung

Es soll hier noch einmal kurz auf den konkreten juristischen Inhalt des besonderen Gewaltverhältnisses eingegangen werden, wie er sich in der historischen Entwicklung darstellt.

In der Epoche des Konstitutionalismus beschränkte sich der Bereich des Rechts auf das Verhältnis der Beziehungen der Bürger untereinander sowie auf die Beziehungen zwischen dem Staat und den Bürgern als Untertanen. Die Gesellschaft wurde durch die Mauer des Rechts abgeschirmt. Demzufolge mußte sich der Staat, wollte er in den geschützten Bereich Gesellschaft "eindringen", dem Recht beugen.²⁾

Dagegen hatte der Staat in seinem eigenen Bereich keine Rechtsschranken zu überwinden. Die Beziehungen im staatsinternen Bereich gehörten nicht zum Recht: Hier galt der Befehl ohne rechtliche Qualität, galt Nicht-Recht.³⁾

Zu diesem "rechtsfreien" Gebiet gehörten insbesondere auch die sog. besonderen Gewaltverhältnisse, also auch die Beamtenverhältnisse. Diese Verhältnisse

1) Die Entstehung und Wirkung des besonderen Gewaltverhältnisses ist oben bereits im Abschnitt "Konstitutionalismus" beschrieben worden.

2) MALZ, ZBR 1964, 97

3) MALZ, ZBR 1964, 97

wurden deshalb als b e s o n d e r e Gewaltverhältnisse bezeichnet, weil sie sich in der soeben geschilderten Weise von dem allgemeinen Verhältnis, also dem Verhältnis, in dem der Bürger als Untertan zum Staat stand, unterschieden.

Bei dem besonderen Gewaltverhältnis handelte es sich um einen außerhalb des Rechts stehenden Komplex, in dem sowohl der Rechts- als auch der Grundrechtsschutz und vor allem der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes für den gesamten internen Exekutivbereich außer Kraft gesetzt worden war.¹⁾

Otto MAYER, der nach SCHMITTHENNER, GERBER, ROSIN und insbesondere LABAND das Institut des besonderen Gewaltverhältnisses erstmals präzise dogmatisch erfaßte, definierte es als "die verschärfte Abhängigkeit, welche zugunsten eines bestimmten Zwecks öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten."²⁾

Den Inhalt des besonderen Gewaltverhältnisses beschrieb Otto MAYER folgendermaßen: "Immer bedeutet es einen Zustand verminderter Freiheit, in dem der Betroffene sich nach dem zu richten hat, was hier der Zweck der öffentlichen Verwaltung erfordert."³⁾ Auf das Beamtenverhältnis bezogen bestand die Natur des besonderen Gewaltverhältnisses nach der damals

1) JESCH, Gesetz und Verwaltung, S. 20
RONELLENFITSCH, Das besondere Gewaltverhältnis
- ein zu früh totgesagtes Rechtsinstitut, in:
DÖV 1981, 933 (935)

2) MAYER, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl.,
München 1923, S. 101
Zur historischen Entwicklung des Instituts des
besonderen Gewaltverhältnisses vgl.:
ERICHSEN, Besonderes Gewaltverhältnis und Sonder-
verordnung, in: Festschrift H.J.WOLFF, S. 219 ff,
insbesondere S. 221 ff
RONELLENFITSCH, DÖV 1981, 933 ff

3) MAYER, Otto, S. 102

herrschenden Auffassung in einem "besonderen personenrechtlichen Bande, in einer Steigerung der Staatsangehörigkeit und einer dadurch bewirkten Modifikation der staatsbürgerlichen Persönlichkeit!"¹⁾ Auch nach 1918 blieb die rechtliche Ausgestaltung der besonderen Gewaltverhältnisse zunächst bestehen. Denn aus der monarchischen Epoche wurde das Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung in seiner Beschränkung auf das allgemeine Gewaltverhältnis Staat - Bürger übernommen. So konnten nach wie vor die Dienstherren Eingriffe in die Rechtssphäre des einzelnen Beamten auch über die erlassenen Beamtengesetze hinaus vornehmen.

bb) Die Rechtsnatur des Beamtenverhältnisses
unter der Geltung des Grundgesetzes

Ob ein besonderes Gewaltverhältnis auch unter der Geltung des Grundgesetzes noch bestehen kann, erscheint aus mehreren Gründen fraglich. Zum ersten existiert in der staatlichen Ordnung der Bundesrepublik kein "allgemeines Gewaltverhältnis" Bürger - Staat mehr: Dieses Institut hat in der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes "seine Daseinsberechtigung verloren."²⁾ Der allgemeine staatsbürgerliche Status ist ein materieller Rechtsstatus. Er beinhaltet konkrete, inhaltlich bestimmte und begrenzte Rechte und Pflichten, "in deren Aktualisierung und Erfüllung die rechtliche Ordnung des Gemeinwesens Wirklichkeit gewinnt."³⁾

1) v.GIERKE, Otto, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, S. 41

2) HESSE, S. 119

3) HESSE, S. 119

Demzufolge ist dem Institut des "allgemeinen Gewaltverhältnisses" die Grundlage entzogen worden. Denn der heutige staatsbürgerliche Status beruht nicht mehr auf einem durch potentiell unbegrenzte Gewaltunterworfenheit des Subjekts "Bürger" unter das herrschende Willensobjekt "Staat" gekennzeichneten Verhältnis.

Zum zweiten ist fraglich, ob unter der Geltung des Grundgesetzes überhaupt noch ein rechtsfreier Raum dergestalt existiert, daß Maßnahmen des Dienstherrn gegenüber dem Beamten im besonderen Gewaltverhältnis keiner Legitimation bedürfen.

(1) Das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis

Ohne ausführlich auf das Wesen der durch das Grundgesetz normierten staatlichen Ordnung eingehen zu müssen, kann mit JESCH¹⁾ festgestellt werden, daß es im Rechtsstaat keine rechtsfreien Räume mehr gibt und daß demzufolge auch überkommene rechtsfreie Institutionen in das geltende Rechtssystem eingeordnet werden müssen.

Diese Analyse, daß jede staatliche Gewalt einer Legitimation bedarf, ergibt sich für die Bundesrepublik Deutschland aus den Art. 20 III und 1 III GG. So hat das BVerfG im "Strafgefangenen-Urteil"²⁾ ausgeführt, daß "das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung" sei, "die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt; sein Menschenbild ist allerdings nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit."³⁾

1) JESCH, S. 210

2) BVerfGE 33, 1 (10)

3) BVerfGE 12,45 (51); BVerfGE 28, 175 (189)

In Art. 1 III GG wurden die Grundrechte für Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung für unmittelbar verbindlich erklärt. Dieser umfassenden Bindung der staatlichen Gewalt widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten. Eine Einschränkung kommt nur in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zwecks unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht."

Diese klaren Aussagen des BVerfG bezüglich des besonderen Gewaltverhältnisses der Strafgefangenen lassen sich insoweit auch auf die anderen bislang als besondere Gewaltverhältnisse, wie z.B. das Beamtenverhältnis, übertragen: So kann auch gerade im Hinblick auf das hergebrachte Institut des besonderen Gewaltverhältnisses unter der Geltung des Grundgesetzes nicht mehr behauptet werden, aufgrund der lang andauernden "Übung" habe sich die gewohnheitsrechtliche Überzeugung gebildet, Maßnahmen im besonderen Gewaltverhältnis bedürften keiner Legitimation. Eine solche Übung kann heute - angesichts des klaren Wortlauts der Verfassung - nicht die vom Grundgesetz geforderte Eingriffsermächtigung ersetzen.¹⁾

Das Kriterium der "schrackenlosen Unterworfenheit des Beamten unter die Gewalt des Dienstherrn" kann also nicht mehr entscheidend sein. Das Beamtenverhältnis ist insoweit - quasi von "Grundgesetz wegen" - verrechtlicht worden: In ihm ist weder der Grundrechts- noch der Rechtsschutz noch das Prinzip des Gesetzesvorbehalts außer Kraft gesetzt.²⁾

1) vgl. dazu: KEMPF, Eberhard, Grundrechte im besonderen Gewaltverhältnis, in: JuS 1972, 701 (704)

2) vgl. statt aller: MALZ, ZBR 1964, 97 (99)
SCHNAPP, Praktische Konkordanz von Grundrechten und Sonderstatusverhältnis des Beamten, in: ZBR 1977, 208, m.w.N. in FN 4

(2) Das Beamtenverhältnis als Sonderstatus-
verhältnis

Ist die "formale Kategorie der Gewaltunterworfenheit"¹⁾ kein Kriterium mehr für die Charakterisierung des Beamtenverhältnisses (und anderer sog. besonderen Gewaltverhältnisse), so reduziert sich die "Besonderheit" des Beamtenverhältnisses auf den oben schon erwähnten Ausgangspunkt: Die Beamtenverhältnisse sind für das Funktionieren des Gemeinwesens - ebenso wie die übrigen sog. besonderen Gewaltverhältnisse - unentbehrlich. Aus diesem Grunde stehen sie auch nicht außerhalb des von der Verfassung umspannten Raumes, sondern finden ihre Grundlage im Grundgesetz selbst, nämlich in Art. 33 IV und 33 V GG.²⁾

Da mit der Ernennung des einzelnen Staatsbürgers zum Beamten dieser mit den durch die Beamtengesetze normierten Pflichten und Rechten in einen besonderen - sich vom allgemeinen Staatsbürgerstatus unterscheidenden - Lebensbereich eingegliedert wird, wirkt das Beamtenverhältnis statusbegründend: Es begründet einen Sonderstatus.³⁾

Somit kann das Beamtenverhältnis nicht mehr als ein durch potentiell unbegrenzte Gewaltunterworfenheit geprägtes "Gewaltverhältnis" verstanden werden.

1) HESSE, S. 137

2) vgl. insoweit auch: HESSE, S. 137

3) Auch die anderen herkömmlichen besonderen Gewaltverhältnisse sind Sonderstatusverhältnisse, da sie - wie z.B. das Strafgefangenen- oder das Schulverhältnis - den allgemeinen Staatsbürgerstatus, allerdings jeweils unterschiedlich, modifizieren.
vgl. insoweit HESSE, S. 137

Das Sonderstatusverhältnis "Beamtenverhältnis" ist - genau wie der allgemeine Staatsbürgerstatus - ein R e c h t s verhältnis. Es verleiht dem Beamten einen materiellen Rechtsstatus, der konkrete, inhaltlich bestimmte und begrenzte Pflichten und Rechte einschließt.

Damit steht gleichzeitig fest, daß die (früher) von den Disziplinargerichten unmittelbar aus der allgemeinen Treuepflicht hergeleiteten Beamtenpflichten keine wirkliche Begrenzung der Pflichtenbindung des Beamten, sondern eher ihr Gegenteil bedeutet.¹⁾

Es muß auch der Auffassung LINDGEN's widersprochen werden, der augenscheinlich meint, die allgemeine Treuepflicht könne Richtschnur für Konkretisierungen von in Dienstvorschriften, Erlassen, Einzelanordnungen oder Verwaltungsvorschriften genannten Beamtenpflichten sein.²⁾

Die Pflichten aus diesen Quellen haben sich an den in den Beamtengesetzen normierten Pflichtenkatalogen, nicht aber unmittelbar an der Verfassung auszurichten. Die von LINDGEN vertretene Auffassung ist mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar.³⁾

Damit erweist sich die erste Möglichkeit, daß nämlich die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht Rechtsgrund ständig neuer Beamtenpflichten o h n e die Notwendigkeit des "Dazwischentretens" des Gesetzgebers ist, als nicht haltbar.

Die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht hat nicht die Bedeutung, daß aus ihr die Beamten unmittelbar verpflichtet werden. Den Beamten obliegt "nur" die Beachtung der in den Katalogen der

1) so auch LECHER, ZBR 1972, 231

2) LINDGEN, Handbuch des Disziplinarrechts, Ergänzungsband, Nr. 121

3) vgl. auch LECHER, ZBR 1972, 231

Beamten-gesetze normierten konkreten Pflichten. Denn der den Beamten von der Verfassung garantierte Sonderstatus bedingt, daß diesen nur noch bestimmte und begrenzte Pflichten auferlegt werden können. Die Zeiten der unbegrenzten Inpflichtnahme der Beamten durch verwaltungsinterne Maßnahmen sind vergangen.

In der Literatur wird - trotz der unbestritten damit verbundenen Schwierigkeiten - vorgeschlagen, daß der Beamte am zweckmäßigsten mit einem Kodex begrenzter Pflichten konfrontiert wird.¹⁾

b) Die Schaffung neuer Beamtenpflichten
durch den Gesetzgeber

Unterliegt der Beamte nun schon nicht der unbegrenzten Inpflichtnahme durch seinen Dienstherrn, so fragt sich, ob und inwieweit der Gesetzgeber den Beamten neue Pflichten auferlegen, d.h. mit anderen Worten, die Rechte des Beamten einschränken darf.

Es wurde schon oben kurz erwähnt, daß sich das BVerfG im sog. "Strafgefangenen-Urteil"²⁾ mit dieser Problematik befaßt hat.

In dem Urteil wurde aber lediglich ausgeführt, daß eine Einschränkung der Grundrechte in Sonderstatusverhältnissen unter gewissen Bedingungen möglich ist. Zur konkreten Einschränkung sowie zur dogmatischen Begründung sagt das Urteil nichts aus. Dies gilt zumal für das Beamtenverhältnis, da dieses überhaupt nicht Gegenstand der rechtlichen Würdigung durch das BVerfG war.

1) ISENSEE, S. 50
WEISS, Das Dienstvergehen der Beamten, S. 28
LECHELER, ZBR 1972, 231

2) BVerfGE 33, 1

Es stellt sich daher konkret die Frage, inwieweit das Grundgesetz den Grundrechtsschutz der Beamten zur Disposition des Gesetzgebers gestellt hat. Nach dem soeben aufgezeigten Wandel des Beamtenverhältnisses vom besonderen Gewaltverhältnis zum Sonderstatusverhältnis ist die Frage nach der Geltung der Grundrechte im Beamtenverhältnis nur noch eine Frage nach ihren möglichen Grenzen.

Es besteht demnach über zwei Dinge Einigkeit: Zum ersten entfalten auch die Grundrechte im Beamtenverhältnis rechtliche Relevanz, da der Beamte dem Staat grundsätzlich nicht anders gegenübertritt als ein nichtbeamteter Staatsbürger, der im Verhältnis zum Staat ebenfalls - wenn auch andere, nämlich aus seinem materiellen allgemeinen Staatsbürgerstatus fließende - Rechte und Pflichten hat.¹⁾ Zum zweiten erfordert die Eigenartigkeit des Beamtenverhältnisses gewisse Einschränkungen der Grundrechte der Beamten, um den öffentlichen Dienst funktionsfähig zu halten.²⁾

Keine Einigkeit besteht hingegen in der Frage, wie die als notwendig erkannte Einschränkungbarkeit dogmatisch begründet werden kann.

Nachdem das BVerfG in dem schon mehrfach erwähnten "Strafgefangenen-Urteil" entschieden hat, daß die Figur des besonderen Gewaltverhältnisses als Legitimationsgrundlage für Grundrechtsbeschränkungen nicht mehr zur Verfügung steht und feststeht, daß

1) WOLFF/BACHOF I, § 32 IV c 3
SCHNAPP, ZBR 1977, 208

2) WOLFF/BACHOF I, § 32 c 3
HESSE, S. 139
KRÖGER, Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechts der Beamten auf "parteipolitische Meinungsäußerungen", in: AÖR 88 (1963), 121 ff.(138)
MARTENS, Grundgesetz und Wehrverfassung, S. 29
SCHNAPP, ZBR 1977, 208

die Grenzen der durch das Grundgesetz gewährten Grundrechte nur in der Verfassung selbst liegen können,¹⁾ scheiden die früher vertretenen Repräsentations-²⁾, Identifikations-³⁾ und Verzichtstheorien⁴⁾ aus.

Statt dieser Theorien wird heute fast ausschließlich Bezug auf die von HESSE entwickelte Theorie von der praktischen Konkordanz⁵⁾ genommen.⁶⁾

aa) Die Theorie der praktischen Konkordanz

Nach dieser Theorie sollen die Grundrechte durch die Verfassung selbst überall dort begrenzt werden, wo das Grundgesetz die Sonderstatusverhältnisse und damit deren Eigengesetzlichkeit zu Bestandteilen der gesetzlichen Ordnung macht. Auf das Sonderstatusverhältnis "Beamtenverhältnis" bezogen bedeute dies, daß das Grundgesetz außer den Grundrechten auch das Berufsbeamtentum in Art. 33 IV und V GG garantiere.

-
- 1) so zuletzt SCHNAPP, ZBR 1977, 208
 - 2) vgl. z.B. WACKE, Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, S. 87
BOCHALLI, Bundesbeamtengesetz, Einl. I
 - 3) HEYLAND, S. 47
 - 4) vgl. statt vieler: FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., S. 128
 - 5) HESSE, S. 138
 - 6) Auf die Versuche, aus den sog. Staatsstrukturbestimmungen Grundrechtsbeschränkungen für Beamte herzuleiten, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.
Denn SCHNAPP, ZBR 1977, 209 stellt zu Recht fest, daß diese Konstruktionsversuche (z.B. ISENSEE, S. 116 ff oder v.MÜNCH, Rechtsgutachten zur Frage eines Streikrechts der Beamten, S. 46 ff) allenfalls bei der Problematik eine Rolle spielen, ob den Beamten ein Streikrecht zusteht oder nicht.

Denn durch diese Normen komme zum Ausdruck, daß das Beamtenverhältnis ebenso zum Bestand der verfassungsmäßigen Ordnung gehöre wie die Grundrechte selbst. Die Grundrechte sollen solange im Beamtenverhältnis gelten, bis ihre Geltendmachung durch den einzelnen Beamten die ordnungsgemäße Funktion des Sonderstatusverhältnisses "Beamtenverhältnis" unmöglich mache. KRÖGER¹⁾ beschreibt diese Beschränkung folgendermaßen:

"Jede Grenzziehung, die über die funktionelle Sicherung hinausgehen würde, müßte..... die aufgegebene Zuordnung beider Bereiche zueinander verfehlen."

Nach dieser Theorie von der praktischen Konkordanz ist - für den Bereich des Beamtenrechts - eine Grundrechtseinschränkung des einzelnen Beamten nur dann zulässig, wenn sie quasi die ultima ratio für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Sonderstatusverhältnisses "Beamtenverhältnis" ist.²⁾

1) KRÖGER, Verfassungsrechtliche Grundfragen, AÖR 88, 121 (145)

2) Oder allgemeiner für alle Sonderstatusverhältnisse ausgedrückt:

Nur die Grundrechtseinschränkung ist zulässig, die "für die Effektivität jenes Rechtsgutes unerläßlich, unaufgebbar erscheint, eine *conditio sine qua non*, ohne die jenes andere Rechtsgut nicht bestehen könnte."

NEIS, Kurt, Die Koalitionsfreiheit des Beamten in: Koalitions- und Meinungsfreiheit der Beamten, Köln 1964, S. 35 ff (48)

Ähnlich auch: NIETHAMMER-VONBERG, Parteipolitische Betätigung der Richter, Berlin 1969, S. 69 und:

BGH DÖV 1955, 729 (730)

bb) Die Weiterentwicklung der Theorie
der praktischen Konkordanz

Die heute fast uneingeschränkt anerkannte Theorie der praktischen Konkordanz von Grundrechten hat SCHNAPP¹⁾ versucht, weiterzuentwickeln.

Ohne hier auf Einzelheiten einzugehen, scheint seine kritische Anmerkung berechtigt, daß diese Theorie die Frage nach den Grundrechtsschranken aus dem Bereich der Vorbehaltsproblematik herausverlagert.²⁾

Um dieses Problem speziell für das Beamtenverhältnis darstellen zu können, bedarf es zunächst der Aufgliederung der "installierenden" Normen der Art. 33 IV und 33 V GG in ihre verschiedenen Regelungsgelände.³⁾

Wie bereits oben⁴⁾ dargestellt, sollte Art. 33 V GG von der Intention des Grundgesetzgebers her vor allem eine Direktive an den Bundes- und die Landesgesetzgeber sein, das Recht des öffentlichen Dienstes in einer bestimmten Weise - vor allem anders als es bereits einige Landesgesetzgeber wie Berlin, Bremen und Hessen getan hatten - zu gestalten.

Bezüglich dieses Regelungsinhaltes steht außer Zweifel, daß hierin noch keine unmittelbare Grundrechtsbeschränkung zu sehen ist. Denn diese Gesetz-

1) SCHNAPP, Praktische Konkordanz von Grundrechten und Sonderstatusverhältnissen des Beamten, ZBR 1977, 208 - 214

2) SCHNAPP, ZBR 1977, 209

3) vgl. hierzu:

MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Art. 33 Rdn 72 FN 4 und Rdn 83

MENGER, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: VerwArch Bd. 56 (1965), S. 81 ff (83)

SCHICK, Der Beamte als Grundrechtsträger, in: ZBR 1963, 67 ff (70 ff)

SCHNAPP, Beamtenstatus und Streikrecht, S. 42 ff

4) s.O. S. 185

gebungsdirektion stellt zugleich eine E r -
m ä c h t i g u n g dergestalt dar, daß hiermit
die Befugnis an den Gesetzgeber delegiert wird, auf
legislativem Wege Grundrechtsbeschränkungen dann zu
normieren, wenn bei etwaigen Neuregelungen des Be-
amtenrechts die "hergebrachten Grundsätze des Be-
rufsbeamtentums" Grundrechtseinschränkungen erforder-
n. Insoweit stellt sich Art. 33 V GG hinsichtlich
der Vorbehaltsproblematik als lex specialis - u.a.
etwa zu Art. 12 I 2 GG - dar.¹⁾

Aber auch aus dieser zweiten Regelungsgehaltsstufe
lassen sich unmittelbar k e i n e Grundrechtsbe-
schränkungen ableiten. Denn anderenfalls würde die
von KREBS²⁾ beschriebene Gefahr verwirklicht, daß
nämlich "die m a t e r i e l l - r e c h t l i c h e
Frage der (möglichen) Grundrechtsbegrenzung mit der
k o m p e t e n z r e c h t l i c h e n nach dem
zur Grundrechtsbeschränkung zuständigen Organ"
vermengt wird. Es würden in der Tat eben nur mög-
liche Grundrechtsbeschränkungen mit bereits erfolgten
unzulässigerweise gleichgesetzt.

SCHNAPP³⁾ stellt zu Recht fest, daß dann, wenn man
mit der Theorie der praktischen Konkordanz in
Art. 33 V GG einen speziellen grundrechtlichen Ge-
setzesvorbehalt sieht, gleichzeitig auch beachtet
werden muß, daß nach wie vor das Dogma der deutschen
Staatsrechtslehre gilt, daß nämlich Gesetzesvorbe-
halte solche zugunsten des formalen Gesetzes sind.⁴⁾

Daraus folgt, daß nur die hergebrachten Grundsätze
des Berufsbeamtentums als Grundrechtsschranken an-
zusehen sind, die der parlamentarische Gesetzgeber

1) vgl. auch SCHNAPP, ZBR 1977, 210

2) KREBS, Walter, Vorbehalt des Gesetzes und Grund-
rechte, S. 129

3) SCHNAPP, ZBR 1977, 210

4) KREBS, S. 111 m.w.N.

in Vollzug des Regelungsauftrages aus Art. 33 V GG formuliert hat.¹⁾

Diese Argumentation gilt auch bezüglich des dritten Regelungselements des Art. 33 V GG, der institutionellen Garantie des Berufsbeamtentums. Dem Prinzip der Einheit der Verfassung²⁾ folgend können die Grundrechte zwar nicht so einseitig gegen den Bestand und die Funktion einer ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten Institution - wie dem Berufsbeamtentum - "ausgespielt" werden.³⁾ Aber andererseits kann die Institution des Berufsbeamtentums noch unter der Geltung des Grundgesetzes mit den "herkömmlichen", d.h. vorkonstitutionellen Freiheitsbeschränkungen der Beamten nicht "fortgeführt" werden. Mit diesen "überkommenen" Beschränkungen kann heute nicht mehr - wie bereits oben⁴⁾ dargestellt - die Freistellung von grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten begründet werden. Unter der Geltung des Grundgesetzes bedarf es vielmehr auch für die Beamtenverhältnisse eines Transformationsaktes des Gesetzgebers. Denn diesem allein obliegt es, die einer grundgesetzlich garantierten Institution möglicherweise innewohnenden oder von ihr geforderten Beschränkungen formell-gesetzlich zu verdeutlichen.⁵⁾

Damit bleibt als Ergebnis, daß es der Exekutive verwehrt ist, unter Berufung auf die verfassungsmäßige Anerkennung des Berufsbeamtentums ohne parlamentarische Ermächtigung grundrechtsbeschränkend tätig zu werden.

1) so auch SCHNAPP, ZBR 1977, 210

2) vgl. hierzu OSSENBÜHL, Fritz, Probleme und Wege der Verfassungsauslegung, in: DÖV 1965, 649 ff (654 ff) m.w.N.

3) SCHNAPP, ZBR 1977, 210

4) s.o.S. 243 ff

5) so auch SCHNAPP, ZBR 1977, 210

cc) Die Intensität der Einschränkung der Grundrechte im Beamtenverhältnis

Besteht nun Klarheit über den dogmatischen Lösungsweg der Einschränkung von Grundrechten im Beamtenverhältnis, so ist nach wie vor fraglich, in welcher Intensität der Grundrechtsschutz des einzelnen Beamten zur Disposition (des Gesetzgebers) steht.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der Funktion, die die staatliche Ordnung des Grundgesetzes dem Beamten zugewiesen hat.

Wie bereits erwähnt, ist den Beamten vom Grundgesetz die Aufgabe übertragen worden, "für den Staat" zu handeln, also staatliche Aufgaben auszuführen. Der Berufsbeamte ist mit anderen Worten mit der Ausübung der - parlamentarisch kontrollierten - Staatsgewalt betraut.

Diese Aufgabenübertragung rechtfertigt eine - auch bezüglich der Grundrechte - besondere verfassungsrechtliche Beziehung, die Verpflichtungen mit sich bringt, die über die des "normalen Arbeitsverhältnisses" hinausgehen.¹⁾

Diese Rechtsbeziehung zwischen dem Staat und seinen Organwaltern wird mit dem (Begriff) Institut der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht umschrieben. Sie ist dem Beamtenrecht eigentümlich, da ja durch Art. 33 IV GG in der Regel nur Beamte mit der Ausübung von Hoheitsgewalt betraut sind. Die Inpflichtnahme des Beamten durch den Staat, dessen handelndes Organ er ja nach dem Grundgesetz ist, kann soweit gehen, daß die Grundrechte des Beamten deshalb beschränkt werden müssen, weil der Staat seine (nichtbeamteten) Bürger in deren Grund-

1) vgl. WILHELM, Bernhard, DÖV 1966, 221 (222)

rechten schützen will, seine innere und äußere Sicherheit gewährleisten und die freiheitlich demokratische Grundordnung bewahren will.

Denn der Beamte kann die soeben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Verpflichtungen des Staates nicht dadurch verhindern, daß sein Grundrechtsschutz absolute Priorität vor den Staatsverpflichtungen hat. Eine solche Annahme wäre bereits mit der Rechtsprechung des BVerfG unvereinbar, wonach das Menschenbild des Grundgesetzes nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr persönlich verpflichteten Persönlichkeit ist.¹⁾

Somit hängt das Maß der Inpflichtnahme des Beamten weiterhin vom Umfang staatlicher Aufgaben und deren Entwicklung ab.

Da nicht alle Beamten die gleichen Aufgaben staatlicher Verwaltung wahrnehmen, können auch nicht alle Beamten gleich in der Ausübung ihrer Grundrechte beschränkt werden. Der Maßstab für die verfassungsmäßige Inanspruchnahme ist hier vielmehr das Funktionserfordernis:

Ein Briefmarken verkaufender Schalterbeamter der Bundespost hat sicherlich nicht in einem solchen Maße Beschränkungen des Art. 2 II GG hinzunehmen wie Polizeivollzugsbeamte und Feuerwehrleute, von denen der Einsatz von Gesundheit und Leben verlangt wird.²⁾

1) BVerfGE 7, 404
Beschluß vom 20.12.1960 in NJW 1961, 355
vgl. FN 2 S. 243

2) Dem soeben Gesagten steht nicht entgegen, daß es Einzelverpflichtungen gibt, die für jedes Beamtenverhältnis gelten und auch einer Differenzierung je nach Art der dienstlichen Obliegenheiten des Beamten nicht zugänglich sind. So für die gesetzlich normierte (§ 52 II BBG) sog. politische Treuepflicht: BVerfGE 39, 334 (355)

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß vom Gesetzgeber die Grundrechtsschranken gegenüber den Beamten nicht enger gezogen werden dürfen, als es den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums entspricht, als es die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes erfordert (Prinzip der praktischen Konkordanz) und als es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuläßt.

Ihr Ausmaß hängt daher im Einzelfall vom Aufgabenbereich und der Dienststellung des Beamten ab.¹⁾

Die Grenze für die Ausnutzung der durch Art. 33 V GG geschaffenen Einschränkungsmöglichkeiten bilden mithin Art. 19 II GG einerseits und die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit - spezialisiert auf die besonderen Bedürfnisse des Beamtenverhältnisses - andererseits.²⁾

Zur Klarstellung, was mit dem Begriff der Treuepflicht im Beamtenrecht gemeint ist, könnte - so ein Vorschlag LECHELER's³⁾ - in den Pflichtenkatalogen der Beamtengesetze ein dem § 6 SoldG nachgebildeter Normpassus vorangestellt werden, der dann folgendermaßen lauten könnte:

"Der Beamte hat die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger.

Seine Rechte werden im Rahmen der Erfordernisse des öffentlichen Dienstes durch seine gesetzlich begründeten Pflichten beschränkt."

1) so auch WOLFF/BACHOF II, § 107 III c

2) SCHICK, ZBR 1963, 67 (71)

3) LECHELER, ZBR 1972, 233

2. Die Problematik der Generalklausel

Die den Beamten obliegenden Pflichten sind, wie dargestellt, in den Katalogen der Beamtengesetze normiert. Hierbei hat sich der Gesetzgeber der Methode bedient, Rechtssätze allgemeineren Inhalts mit Einzeltatbeständen zu verbinden. Dies resultiert aus der Tatsache, daß im öffentlichen Dienst die unterschiedlichsten Beamtenverhältnisse existieren. Insofern besteht eine Parallele zum Arbeitsrecht mit den verschiedensten Arbeitsverhältnissen.¹⁾ Es ist daher unmöglich, für alle Beamtenverhältnisse auf legislativem Wege exakt alle Pflichten zu normieren.²⁾

Daher ist der Rückgriff auf Generalklauseln unumgänglich.

Als solche ist die zentrale Norm des § 52 I BBG³⁾ anzusehen. Sie steht an der Spitze der mit "Allgemeines" gekennzeichneten Pflichten.⁴⁾

In § 52 I BBG sind die Prinzipien niedergelegt, die für die Auslegung des gesamten Beamtenrechts maßgeblich sind.⁵⁾

1) s.o. S. 103

2) Dieser Umstand war ausweislich des Berichts des Beamtenrechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 1/13083 Nr. 3) Leitmotiv für den Gesetzgeber, den Pflichtenkatalog nicht noch zu erweitern.

3) gleichlautend mit § 35 I Satz 1 und 2 BRRG

4) Hierunter fallen die §§ 52 - 57 BBG. Die so überschriebenen Pflichten bilden aber keinen dem Ersten Buch des BGB entsprechenden "Allgemeinen Teil", da sie sich nicht mit Rechtsbegriffen und Rechtsinstitutionen befassen, auf denen die Normen in den folgenden Teilen des Gesetzes aufbauen, wie es beim BGB der Fall ist.

5) MÜHL, GKÖD, K vor § 52 Rdn 2

Diese Norm enthält in gedrängter Form und schlagwortartig die wesentlichen Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums:

"Der Beamte dient dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Er hat seine Aufgabe unparteiisch und gerecht zu erfüllen und bei seiner Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen."

§ 52 I BBG konkretisiert die Amtsführungspflicht als Ausfluß der allgemeinen Treuepflicht. Sie hat Auffang- und Klammerfunktion¹⁾ und dient als auf das jeweilige konkrete Amt des Beamten bezogene Pflicht der Feinabstimmung der vor allem in § 54 BBG ziemlich weit und unbestimmt gefaßten Beamtenpflichten im Einzelfall.²⁾ § 52 I BBG erlangt somit Bedeutung als Interpretationsmittel bei der Auslegung der in weiteren Generalklauseln und Einzeltatbeständen normierten Beamtenpflichten.³⁾ Die Feinabstimmung betrifft vor allem die Bestimmung von Nebenpflichten aus dem Beamtenverhältnis.

Insofern besteht kein Unterschied zur Herleitung von Nebenpflichten im Arbeitsrecht.⁴⁾

1) BATTIS, BBG, § 52 Rdn 1

2) BATTIS, BBG, § 52 Rdn 1

3) MÜHL, GKÖD, K § 52 Rdn 3

4) so auch BATTIS, BBG, § 52 Rdn 1
Dabei ist stets darauf zu achten, daß bei der Interpretation von Nebenpflichten unter Zuhilfenahme der Generalklausel des § 52 I BBG nicht die in Einzeltatbeständen festgelegten Beamtenpflichten unterlaufen werden. Dagegen wird z.B. dann nicht verstoßen, wenn die Generalklausel als Interpretationshilfe bei der Konkretisierung der sich aus § 54 BBG ergebenden Beamtenpflichten herangezogen wird.
vgl. BVerwGE 12, 273

3. Zusammenfassung

Als Ergebnis des vorstehenden Abschnitts läßt sich folgendes feststellen:

Die Beamten unterliegen heute nicht mehr der unbeschränkten Inpflichtnahme durch den Dienstherrn. Die ihnen obliegenden Pflichten ergeben sich vielmehr aus den Normen der Kataloge der einzelnen Beamten-gesetze für Bund und Länder. Diese normierten, sog. *b e s o n d e r e n* Einzel-Treuepflichten sind vom Gesetzgeber vorgenommene Konkretisierungen der allgemeinen beamtenrechtlichen Treuepflicht. Diese ist Strukturprinzip des Beamtentums und resultiert aus der Aufgabenstellung des Berufsbeamten im demokratischen Rechtsstaat. Es obliegt ausschließlich dem Gesetzgeber, den Beamten neue, bislang unbenannte Pflichten aufzuerlegen, die sich als Konkretisierung des Strukturprinzips "allgemeine Treuepflicht" darstellen. Dabei kann es aufgrund der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes notwendig sein, den Beamten in seinen, ihm als Staatsbürger zustehenden Grundrechten zu beschränken.

Das Strukturprinzip allgemeine Treuepflicht des Beamten ist Oberbegriff für die - wegen der Besonderheiten des öffentlichen Dienstes notwendigen - dem Beamten in Abwicklung seiner staatsbürgerlichen Rechte auferlegten Pflichten und Rechtsbeschränkungen. Die Konkretisierung dieser Pflichten und Rechtsbeschränkungen des Staatsbürgerstatus obliegt allein dem Gesetzgeber, der sich hierbei an verfassungsrechtlich vorgegebene Grenzen halten muß.

Die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht ist demnach Rechtsgrund neuer Verpflichtungen des Beamten durch den Gesetzgeber und zugleich

Rechtsinstitut zur Beschränkung von Grundrechten.

Aufgrund der zahlreichen unterschiedlichen Beamtenverhältnisse ist es dem Gesetzgeber nicht möglich, die Pflichten für jedes einzelne Beamtenverhältnis bis ins Detail zu konkretisieren. Aus diesem Grunde hat der Bundesgesetzgeber¹⁾ eine Generalklausel (§§ 35 I BRRG, 52 I BBG) geschaffen.

Neben der Ebene Gesetzgeber - Beamter existiert bezüglich der Pflichten der Beamten noch die Ebene Dienstherr - Beamter.

Für letztere erlangt die Generalklausel des § 52 I BBG (§ 35 I BRRG) Bedeutung als Interpretationsmittel bei der Auslegung der in weiteren Generalklauseln und Einzeltatbeständen normierten Beamtenpflichten.

Die Generalklausel des § 52 I BBG (§ 35 I BRRG) hat demnach im Beamtenrecht insoweit vergleichbare Funktion wie § 242 BGB im Schuldrecht.

1) und ihm folgend die Landesgesetzgeber

C Die allgemeine Fürsorgepflicht
im Beamtenrecht

Neben den im Kapitel Treuepflicht beschriebenen Pflichten stehen dem Beamten auch Rechte zu. Denn das Beamtenverhältnis als öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis ist ein gegenseitiges Rechtsverhältnis, das sowohl für die Beamten als auch für den Dienstherrn gegenseitige Pflichten und Rechte begründet.¹⁾ Die Rechte der Beamten werden dabei unter dem Begriff der Fürsorgepflicht zusammengefaßt.²⁾ Unklar ist jedoch die Begründung und der konkrete Inhalt der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht. In Rechtsprechung und Literatur werden immer wieder ohne nähere Begründung zwei Behauptungen aufgestellt:

Die Fürsorgepflicht im Beamtenrecht sei ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG und sei Korrelat zur Treuepflicht des Beamten.³⁾

-
- 1) absolut herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung; vgl. statt aller:
WIESE, Beamtenrecht, S. 103
BVerwGE 12, 273
BVerwGE 42, 79 (86)
 - 2) vgl. z.B. WOLFF/BACHOF II, § 116 II a
 - 3) BVerfGE 8, 332 (356 f)
BVerfGE 43, 154 (165)
BVerwGE 15, 3 (11)
BVerwGE 28, 155 (162)
BVerwGE 53, 12 (21)
WIESE, Beamtenrecht, S. 167
MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Art. 33 GG, Rdn 68
ULE, Öffentlicher Dienst, Grundrechte IV/2 S. 573
LECHELER, ZBR 1972, 130
BATTIS, BBG, S. 441
Hierbei ist noch anzumerken, daß das BVerfG in E 43, 154 (165) zur Unterstützung seiner Auffassung die angeführten Fundstellen von ULE und MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ anführt.

I Die Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht

Es soll daher zunächst einmal die Rechtsgrundlage der allgemeinen Fürsorgepflicht im Beamtenrecht untersucht werden.

1. Artikel 33 GG und die Beamtengesetze

Im Gegensatz zur Treuepflicht besteht bezüglich der Rechtsgrundlage der Fürsorgepflicht eine andere Ausgangslage. Zum einen fehlt - anders als bei der Treuepflicht - im Grundgesetz die Erwähnung des Wortes "Fürsorge" in Art. 33 GG. Zum anderen ist jedoch - wiederum im Gegensatz zur Treuepflicht - in den Beamtengesetzen des Bundes und der Länder von der Sorgepflicht des Dienstherrn gegenüber seinen Beamten die Rede,¹⁾ in der nichtamtlichen Überschrift des § 85 LBG NRW²⁾ ist sogar von "Allgemeiner Fürsorgepflicht" die Rede. Diese beamtengesetzlichen Normierungen können bei der nachfolgenden Untersuchung außer Betracht bleiben, weil damit allein das Verhältnis Beamter - Dienstherr angesprochen wird, nicht hingegen die Ebene Beamter - Gesetzgeber. Daß es auf diese ebenfalls entscheidend ankommt, ist bereits bei der Untersuchung der Treuepflicht aufgezeigt worden.

1) so §§ 79 BBG, 48 BRRG

2) Nr. 35 in der Gesetzessammlung v. HIPPEL/
REHBORN: Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen

2. Die Fürsorgepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG

Als erstes ist zu untersuchen, ob es sich bei der allgemeinen Fürsorgepflicht entsprechend den Behauptungen in Literatur und Rechtsprechung tatsächlich um einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG handelt, mit anderen Worten, ob Art. 33 V GG Rechtsgrundlage der allgemeinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht ist. Dies soll wieder anhand der vom BVerfG aufgestellten Kriterien¹⁾ erfolgen.

a) Das Herkommen

Dabei soll zunächst das Institut der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht im "Herkommen" aufgezeigt werden.

Bei der historischen Herleitung der Treuepflicht ist schon betont worden, daß die Entwicklung des Berufsbeamtentums und damit auch dessen tragende Grundsätze den jeweiligen Staatszielen unterworfen gewesen sind.²⁾ Daher setzt auch die Fortgeltung eines Grundsatzes "Fürsorgepflicht" unter der Rechtsordnung des Grundgesetzes die Prüfung voraus, ob sie "in der freiheitlichen, rechts- und sozialstaatlichen Demokratie von Bonn" Bedeutung haben.³⁾

1) s.o. S. 186

2) s.o. S. 182

3) BVerfGE 9, 286

aa) Fürst und Fürstendiener

In der Epoche des Frühabsolutismus wurden die Fürstendiener aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für die Fürsten tätig.¹⁾ Demzufolge konnte sich in dieser Zeit keine eigentliche beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Fürsten als "Dienstherrn" herausbilden. Allerdings war der Fürstendiener darauf angewiesen, daß der Landesherr ihm seinen Lebensunterhalt gewährte. Denn anders als die lehensrechtlichen Vasallen erhielt der Beamte die mit seinem Amt verbundenen Arbeits- und Verwaltungsmittel nicht zum Eigentum.²⁾ Wie die übrigen Fürstendiener erhielt auch der Beamte für seine Dienste Wohnung, Kost und Kleidung.³⁾ Auch als später die Beamten für ihre Dienste ein monetäres Gehalt bezogen, blieb es bei dem Grundsatz, daß der Monarch für den Unterhalt des Beamten Sorge trug.⁴⁾ Damit war das Alimentsprinzip entstanden.⁵⁾

bb) Der Spätabsolutismus und der
Konstitutionalismus

Im "historischen Abschnitt" des Kapitels über die beamtenrechtliche Treuepflicht wurde schon erwähnt, daß vor allem in der Epoche des Konstitutionalismus die Rechte der Beamten verstärkt wurden.⁶⁾ Dies wurde dadurch erreicht, daß durch gesetzliche Regelung Rechtsgarantien zugunsten der Beamten gegen-

1) s.o. S. 189 ff

2) REHM, Hirth's Annalen 1884, 577

3) HINTZE, S. 24

4) HINTZE, S. 23

5) ALTHEIM, S. 32, 33

6) s.o. S. 198

über dem Monarchen geschaffen wurden. Der hierin liegende Beginn der "Verrechtlichung" des Beamtenverhältnisses macht aber zugleich deutlich, daß bis zum Fortfall der Monarchie der jeweilige Monarch als Dienstherr der Beamten die Aufgabe hatte, für diese Sorge zu tragen, und zwar auch über die gesetzlich fixierten Bestimmungen hinaus.

Das Reichsgericht hatte in einer Reihe von Entscheidungen die Existenz einer dem Dienstherrn gegenüber "seinen" Beamten obliegenden Fürsorgepflicht bejaht.¹⁾ Ausgangspunkt war für das Reichsgericht zunächst einmal die Feststellung, daß das Beamtenverhältnis in toto dem öffentlichen Recht und nicht dem Zivilrecht unterliege und daß hieraus folge, daß alle sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Pflichten öffentlich-rechtlicher Natur seien. Dies gelte auch für die Schutzverpflichtungen, die dem Staat gegenüber seinen Beamten während der Ausübung ihres Dienstes obliegen. Ebenso bestimme sich der Inhalt und Umfang dieser Schutzverpflichtungen "nur nach dem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis".²⁾

Hier wird deutlich ausgesprochen, was später verwischt wird: daß nämlich das Beamtenverhältnis - unbestritten - öffentlich-rechtlicher Natur ist, zugleich aber als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis genau wie das privatrecht-

1) Urteil v. 2. 6.1916 Az III 65/15 in Leipziger Zeitschrift 1916, Sp. 1102 Nr. 8
Urteil v. 15.12.1916 Az III 354/16 in Leipziger Zeitschrift 1917, Sp. 746 ff Nr. 4
RG Z 97, 43
RG Z 104, 58 (60)
RG Z 111, 22
RG Z 141, 385 (388)
RG Z 146, 35 (40)

2) Urteil des RG v. 15.12.1916, Az III 354/16 in Leipziger Zeitschrift 1917, Sp. 746 ff Nr. 4

liche Dienstverhältnis trotz aller Wesensunterschiede auch Schutzpflichten beinhaltet. Da dem Reichsgericht im Beamtenrecht der damaligen Zeit keine Rechtsgrundlage für die Herleitung einer solchen Schutzverpflichtung zur Verfügung stand, leitete es diese aus den Dienstvorschriften des BGB her. Die im Beamtenrecht vorhandene Lücke wurde nun aber nicht im Wege einer Analogie zu § 618 BGB geschlossen. Hierzu sah sich das Reichsgericht wegen des Wesensunterschiedes zwischen dem privatrechtlichen Dienstvertrag, bei dem sich zwei Parteien gleichberechtigt gegenüberstehen, und dem Beamtenverhältnis, bei dem sich dem damaligen Rechtsverständnis entsprechend "Gewaltinhaber und Gewaltunterworfenen gegenüberstehen", nicht in der Lage.¹⁾ Das Reichsgericht entnahm vielmehr dem § 618 BGB einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auch "auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts für das Beamtenverhältnis Anwendung finden muß. Das bürgerliche Recht bildet also gleichsam nur eine willkommene, aber mit großer Vorsicht und nur unter Auswahl des Geeigneten und Passenden zu benutzende Fundgrube oder Anregung für die Auffindung der dem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis selbst eigenen Grundsätze. Es würde daher, auch wenn § 618 BGB gar nicht bestünde, der alsdann vom Richter selbst gefundene Gedanke des § 618 BGB für das Beamtenverhältnis Geltung haben. Für dieses Verhältnis kommt somit § 618 BGB nicht als Vorschrift des BGB in Betracht."²⁾

1) Urteil des RG v. 15.12.1916, Az III 354/16 in Leipziger Zeitschrift 1917, Sp. 746 ff Nr. 4

2) Urteil des RG v. 15.12.1916, Az III 354/16 in Leipziger Zeitschrift 1917, Sp. 746 ff Nr. 4

cc) Die Weimarer Republik

Mit dem Fortfall der Monarchie entfiel automatisch das persönliche Treueverhältnis (persönliche Treue) zwischen Monarch und Beamten.¹⁾ Bezüglich der Rechte der Beamten ergab sich in der Weimarer Republik zunächst keine wesentliche Neuerung, abgesehen von der in Art. 129 I WRV festgeschriebenen Sicherung der "wohlerworbenen Rechte" des Beamten. Denn auch nach 1919 blieb das RBG von 1873 in Kraft. Demzufolge war eine Fürsorgepflicht nicht gesetzlich normiert.

Das Reichsgericht führte seine Rechtsprechung aber unverändert fort. Im Jahre 1919²⁾ bestätigte es, daß der für das Privatrecht in § 618 BGB ausgeprägte Rechtsgedanke in Ausfüllung einer Lücke des positiven öffentlichen Rechts auch das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis beherrschen müsse. Diese Auffassung führte das Gericht im Jahre 1922 fort.³⁾

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1919⁴⁾ erwähnte das Gericht zum ersten Mal den Begriff der F ü r s o r g e p f l i c h t des Staates seinen Beamten gegenüber. Das Gericht führte aus, daß sich Staat und Beamter nicht wie die Einzelnen im wirtschaftlichen Verkehr gegenüberständen, die lediglich ihre eigenen Interessen verfolgen und innerhalb der durch die Gesetze und die guten Sitten gebotenen Schranken auch verfolgen dürften. Der Staat habe mit der überragenden Machtstellung gegenüber seinen Beamten auch die Verpflichtung,

1) vgl. oben S. 209/210

2) RG Z 97, 43 (44)

3) RG Z 104, 58 (60)

4) RG Z 96, 302 (304)

deren Rechte und berechnigte Interessen auch im Verhältnis gegenüber sich selbst, dem Staatsganzen und dessen fiskalischem Interesse zu berücksichtigen und zu wahren. Aus dieser Fürsorgepflicht des Staates ergebe sich die Notwendigkeit für ihn, Erklärungen der Beamten, die einen Verzicht auf Rechte enthielten oder sonst ihren Interessen nachteilig wirken könnten, nur dann zur Grundlage seiner Entschlüssen zu machen, wenn sie bestimmt und klar seien. Dies gelte ganz besonders für eine Erklärung, welche die folgenschwere Entlassung des Beamten ohne Gewährung eines Ruhehaltes betreffe.

Die hier genannte Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Beamten weist in ihrer Begründung eine augenfällige Nähe zur Begründung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips auf: Der Grund ist in beiden Rechtsgebieten die "Machtfülle" von Staat bzw. Arbeitgeber gegenüber den Beamten bzw. Arbeitnehmern und die daraus resultierende Schutzbedürftigkeit von Beamten und Arbeitnehmern.

Im Urteil vom 12.5.1925¹⁾ sanktionierte das Reichsgericht die Verletzung der Fürsorgepflicht: Der aus § 618 BGB entnommene allgemeine Rechtsge-
danke ergebe in seiner Anwendung auf das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis, "daß dem Staat seinen Beamten gegenüber eine Fürsorgepflicht obliegt, deren vorsätzliche oder fahrlässige Außerachtlassung ihn schadenersatzpflichtig macht."

Mit dieser Entscheidung hat das Reichsgericht nicht nur einen allgemeinen, in § 618 BGB enthaltenen Rechtsgedanken auf das Beamtenverhältnis angewandt, sondern hat darüber hinaus auch die in § 618 III BGB

1) RG Z 111, 22

enthaltene Schadensersatzverpflichtung des Arbeitgebers, die auf die §§ 842 - 846 BGB verweist, auf das Beamtenverhältnis übertragen. Dies erfolgte zwar wiederum unter dem Hinweis, daß die in den genannten Normen enthaltenen Rechtsgedanken als "allgemeingültig" aufzufassen seien und daher in Ermangelung von Regelungen im Beamtenrecht auch unbedenklich auf das Beamtenverhältnis anzuwenden seien.

Es ist daher nicht zu übersehen, daß das Gericht - abgesehen von der Öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses - keine Bedenken hatte, eine gleichartige Fürsorgepflicht für beide Rechtsverhältnisse anzunehmen.

War in den bisherigen Entscheidungen des Reichsgerichts immer nur im Verhältnis Staat - Beamter von einer Fürsorgepflicht die Rede, so spricht das Gericht im Urteil vom 18.9.1931¹⁾ auch von der dem jeweiligen Dienstvorgesetzten dem ihm untergebenen Beamten gegenüber obliegenden Fürsorgepflicht. Wie dem Staate seinen Beamten gegenüber entsprechend ihrer Treuepflicht eine Fürsorgepflicht obliege, so habe auch im Gebiete des Beamtenrechts der Vorgesetzte gegenüber den ihm untergebenen Beamten eine Fürsorgepflicht.

Der Pflicht des Untergebenen, dem Vorgesetzten mit Achtung zu begegnen, sich seinen Anordnungen zu fügen und seine Weisungen zu erfüllen, entspreche die Pflicht des Vorgesetzten, seine Untergebenen mit Wohlwollen und Gerechtigkeit zu behandeln und die Erfüllung ihrer Dienste nach Möglichkeit zu erleichtern.

Anzumerken ist hier noch, daß unter dem Begriff der Treuepflicht der Beamten hier konkret das Einstehen

1) RG in HRR 1932, Nr. 277

für eine nur dem Staatswohl dienende, unparteiliche, rein sachliche Handhabung der Staatsgewalt verstanden wurde.¹⁾ Diese Rechtsauffassung bestätigte das Reichsgericht auch durch Urteil vom 20.6.1933²⁾: "Wie der Beamte seine volle *A r b e i t s k r a f t* dem Staate widmen muß, dem gegenüber er auch im Innenverhältnis zur vollen Treue verpflichtet ist, so ist der Staat und damit jeder Vorgesetzte gemäß der ihm obliegenden Fürsorgepflicht gehalten, die untergebenen Beamten mit Gerechtigkeit zu behandeln, ihnen die Erfüllung ihrer Dienste nach Möglichkeit zu erleichtern und in dieser Beziehung alles zu vermeiden, was für das Weiterkommen des Beamten von Nachteil sein könnte."

Diese Formulierung ist ohne weiteres auch auf das Arbeitsverhältnis zu übertragen und würde dort eine Umschreibung der dem Arbeitgeber obliegenden Nebenpflichten bedeuten.³⁾

Daß die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht nicht nur auf die Beamten selbst beschränkt ist, sondern für gewisse Fälle auch auf deren Hinterbliebene ausgedehnt wird, stellt bezüglich der Hinterbliebenenbezüge das Reichsgericht mit Urteil vom 13.11.1934⁴⁾ klar.

1) vgl. FISCHBACH, Das Reichsgesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiete des allgemeinen Beamten-, des Besoldungs- und des Versorgungsrechts vom 30. Juni 1933, S. 7

2) RG Z 141, 385 (389)

3) s.o. S. 100

4) RG Z 146, 35 (40)

dd) Der Nationalsozialismus

Nach langen Vorarbeiten wurde am 26.1.1937 das Deutsche Beamtengesetz (DBG)¹⁾ verabschiedet.

In § 36 DBG wurde zum ersten Mal für das Beamtenverhältnis eine Fürsorgepflicht normiert:

"Der Staat gewährt dem Beamten Fürsorge und Schutz bei seinen amtlichen Verrichtungen und in seiner Stellung als Beamter."

Während bezüglich der Treuepflicht nunmehr ein tiefgreifender Wandel eintrat, indem versucht wurde, die p e r s o n a l e Treue dadurch wiederzubeleben,²⁾ daß nicht mehr die Gemeinwohlverpflichtung und die Unparteilichkeit, sondern "das feste Treueband zwischen Führer und Beamten" das "besondere Berufsethos des Beamten"³⁾ war, änderte sich bezüglich der Fürsorgepflicht gegenüber der aufgezeigten Rechtsprechung des Reichsgerichts nichts. Diese Rechtsprechung wurde sogar in den Kommentaren zu § 36 DBG weiterhin als maßgebliche Interpretation herangezogen.⁴⁾

1) RGB1 I, S. 39

2) vgl. oben S. 216

3) BRAND, DBG, 3.Aufl., Berlin 1940, § 1 Anm. 3

4) vgl. z.B. BRAND, DBG, § 1 Anm. 3

ee) Zwischenergebnis

Damit bleibt festzustellen, daß das Reichsgericht - und ihm folgend die Literatur - in den Jahren von 1916 - 1934 aus der arbeitsrechtlichen Norm des § 618 BGB den Rechtsgedanken einer Fürsorgepflicht auch für das Beamtenverhältnis entnahm und diese inhaltlich so entwickelte, daß sie den im Schuldrecht existierenden Nebenpflichten entsprach. Das Gericht stellte dann auch fest, daß aus der Fürsorgepflicht des Staates auf der einen, der Treuepflicht des Bediensteten auf der anderen Seite sich für beide Teile regelmäßig das ableiten lasse, was sonst mit dem allgemeinen Hinweis auf Treu und Glauben gerechtfertigt zu werden pflegte.¹⁾ Hinsichtlich der zeitlichen Wirkung wurde anerkannt, daß sie auch unter gewissen Voraussetzungen nach dem Tode des Beamten zugunsten seiner Hinterbliebenen wirkt. Dogmatisch wurde die Existenz einer Fürsorgepflicht im Beamtenrecht - argumentativ genau wie im Arbeitsrecht - damit begründet, daß sie angesichts der Machtfülle, die der Staat seinen Beamten gegenüber besäße, notwendig sei. Die Fürsorgepflicht sei im übrigen auch die Entsprechung der dem Beamten obliegenden Treue gegenüber dem Staat, wobei Treue in diesem Sinn als - wie oben bereits ausgeführt - das Entstehen für eine nur dem "Staatswohl" dienende unparteiliche, rein sachliche Handhabung der Staatsgewalt betrachtet wird.²⁾ Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, daß die Fürsorgepflicht zumindest seit der Zeit der Weimarer Republik anerkannt war.

1) RG Z 143, 77 (81)

2) FISCHBACH, Das Reichsgesetz, S. 7
Insofern entspricht diese damalige Definition der beamtenrechtlichen Treuepflicht der heutigen Normierung in § 52 I BBG.

Damit ist zumindest die Minimalvoraussetzung der zeitlichen Geltungsdauer dieses Instituts - wie das BVerfG¹⁾ sie sieht - erfüllt.

b) Die Fürsorgepflicht als Struktur-
prinzip des Berufsbeamtentums

Wie schon auf S. 186 ausgeführt, muß die Bedeutung des "hergebrachten Grundsatzes" - also hier der Fürsorgepflicht - derart intensiv sein, daß seine Beseitigung das Wesen des Berufsbeamtentums unter der Geltung des Grundgesetzes antasten würde. Bezüglich des Wesens und der Aufgabe des Berufsbeamtentums im demokratischen Staat kann auf die Ausführungen anläßlich der Untersuchung der beamtenrechtlichen Treuepflicht verwiesen werden.²⁾

Die vom Reichsgericht mehrfach festgestellte "übertragende Machtfülle des Staates gegenüber den Beamten" entstammt zwar einer Zeit, in der das Beamtenverhältnis noch als besonderes Gewaltverhältnis aufgefaßt worden ist. Dies ist - wie oben dargelegt - zwar heute nicht mehr der Fall. Nach wie vor "tritt" der Beamte aber mit seiner Berufung in das Beamtenverhältnis in eine ihm fremde "Organisation" ein. Er unterliegt, ähnlich wie der Arbeitnehmer, einem "Weisungsrecht" seiner Vorgesetzten.³⁾

Zudem hat der das Beamtenrecht ausgestaltende Gesetzgeber, wie bereits dargestellt, die Möglichkeit, den Beamten neue, bisher noch nicht normierte

1) vgl. BVerfGE 8, 349
vgl. auch oben S. 187

2) vgl. dazu insbesondere S. 220 - 225

3) § 55 BBG normiert in Satz 2 eine "Gehorsamspflicht".

Pflichten aufzuerlegen.

Hiergegen kann sich der Beamte zunächst einmal nicht "wehren". Denn im Gegensatz zum Arbeitnehmer steht ihm weder die Tarifautonomie noch nach herrschender Meinung ein Streikrecht zu.¹⁾

Hieraus ergibt sich, daß der Beamte auch heute noch eines gewissen Schutzes bedarf. Schon der Fortfall der vom Reichsgericht entwickelten Pflichten "des Staates" gegenüber dem Beamten würde deren rechtliche Stellung erheblich schwächen. Dies wäre auch ein Verstoß gegen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes.

Der Schutz des Schwächeren ist ein Anliegen des Grundgesetzes. Aus diesem Grunde sind z.B. auch die ehemals als besondere Gewaltverhältnisse bezeichneten Sonderstatusverhältnisse einer immer größeren Verrechtlichung unterworfen worden.²⁾ Aus anderen Rechtsgebieten seien hier nur die Schaffung des AGB G zum Schutz des schwächeren und unkundigen Vertragspartners sowie die im ersten Teil dieser Arbeit aufgezeigten Arbeitnehmerschutzgesetze genannt.

Eine allgemeine Bedeutung kommt dabei dem in Art. 20 I, 28 I GG verankerten Sozialstaatsprinzip zu. Es mag dahingestellt bleiben, ob alle zuvor aufgezeigten Beispiele auf das Sozialstaatsprinzip zurückzuführen sind. Daß aber eine wie auch immer geartete Verbindung zwischen der Notwendigkeit der Fürsorgepflicht in ihrer konkreten Bedeutung und

1) Die in §§ 58 BRRG, 94 BBG geregelte Beteiligung der "Spitzenorganisationen der zuständigen Gewerkschaften bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der beamtenrechtlichen Verhältnisse" ist kein Äquivalent für die fehlende Tarifautonomie.

2) vgl. oben S. 243 ff

und dem Sozialstaatsprinzip besteht, hat STUZKY¹⁾ nachgewiesen.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als in allen Bereichen ein genereller Einklang mit den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen bestehen muß.

Die Eliminierung der Fürsorgepflicht aus dem Beamtenrecht ist also heute nicht denkbar.

Berücksichtigt man zudem, daß seit Beginn dieses Jahrhunderts zunächst von der Rechtsprechung, dann aber auch vom Gesetzgeber die Fürsorgepflicht immer stärker herausgebildet wurde, steht fest, daß diese Fürsorgepflicht untrennbar mit dem jeweiligen Beamtenverhältnis verbunden ist. Dem steht nicht entgegen, daß die Fürsorgepflicht - anders als die Treuepflicht - nicht von Anfang an bestand, sondern sich erst langsam entwickelte. Dieser Umstand folgte - wie bereits dargestellt - aus dem Wandel der Staatsvorstellungen und den dadurch bedingten Wandlungen des Beamtenverhältnisses.

Aus alledem ergibt sich, daß der Wegfall der Fürsorgepflicht das Wesen des Berufsbeamtentums antasten würde.

Die Fürsorgepflicht ist somit ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG.²⁾

1) STUZKY, Hartmut, Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf das Beamtenverhältnis unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, 1966, S. 53
ebenso: OVG Lüneburg, ZBR 1964, 152 (153)

2) Die Frage, ob das Sozialstaatsprinzip seinerseits so weit geht, daß es - gäbe es die Fürsorgepflicht als hergebrachten Grundsatz i.S.d. Art. 33 V GG nicht - seinerseits den Staat zur Schaffung aller sich daraus ergebenden Beamtenrechte verpflichtet, stellt sich also im Rahmen dieser Arbeit nicht.

II Die konkrete Bedeutung und der Inhalt der allgemeinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht

Zu klären ist nunmehr, welche Bedeutung der allgemeinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht heute zukommt und welchen Inhalt sie hat.

Vorweg sei aber noch zu der immer wieder erhobenen Behauptung Stellung genommen, daß das Beamtenverhältnis nicht nur ein Dienst-, sondern auch ein Treueverhältnis sei und deshalb der Treuepflicht des Beamten zum Dienstherrn eine Fürsorgepflicht der zuständigen Organwalter des Dienstherrn zum Beamten entspreche.¹⁾ Auf diese Weise wird die Fürsorgepflicht auf die Ebene eines beide Seiten verpflichtenden Treueverhältnisses transformiert.

Bei der Untersuchung der beamtenrechtlichen Treuepflicht wurde festgestellt, daß dem Beamten keine Treuepflicht gegenüber seinem Dienstherrn, sondern "nur" eine institutionelle Treuepflicht gegenüber der freiheitlich demokratischen Grundordnung obliegt. Zudem ist - wie oben dargestellt - das Beamtenverhältnis kein besonderes Gewaltverhältnis, sondern ein Rechtsverhältnis, in dem die Rechte und Pflichten der Beteiligten festgelegt sind, und sich nicht etwa aus einem übergeordneten Treuegedanken ergeben.

Somit erweist sich die Behauptung, daß es sich beim Beamtenverhältnis um ein gegenseitiges Treueverhältnis handele, als falsch.

Dieser Feststellung steht auch die aufgezeigte Herleitung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht durch

1) v.d.HEIDE, Die Fürsorgepflicht im Beamtenrecht (I), in: ZBR 1955, 321
WOLFF/BACHOF II, § 116 II a

das Reichsgericht nicht entgegen. Zwar spricht auch das Reichsgericht von einer gegenseitigen Treuepflicht. Doch diese bezog sich auf das damalige besondere Gewaltverhältnis und auf die Fortgeltung des aus der konstitutionellen Epoche stammenden Reichsbeamtengesetzes von 1873.

1. Die Ausgestaltung der Fürsorgepflicht

Aus der durch Art. 33 V GG vorgeschriebenen Ausgestaltung des Beamtenrechts ergeben sich - genau wie bei der Treuepflicht - auch bezüglich der Fürsorgepflicht zwei Ebenen: Gesetzgeber - Beamter und Dienstherr - Beamter.

a) Die Ausgestaltung durch den Gesetzgeber

Trotz der Verrechtlichung des Beamtenverhältnisses bleibt es doch bei der schon mehrfach festgestellten Tatsache, daß der Gesetzgeber den Beamten auch neue, bislang noch nicht normierte Pflichten auferlegen und ihre Grundrechte unter Umständen einschränken kann. Aufgrund dieser Machtstellung ist der Staat nach wie vor verpflichtet, die Rechte und berechtigten Interessen der Beamten auch im Verhältnis gegenüber sich selbst, dem Staatsganzen und dessen fiskalischen Interessen zu berücksichtigen und zu wahren.

Diesem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG nachkommend, haben die Gesetzgeber des Bundes und der Länder in den Beamtengesetzen den Pflichten-Katalogen entsprechende "Rechte-Kataloge" geschaffen, z.B. §§ 48 - 60 BRRG, 79 - 92 BBG, 85 - 104 LBG NRW. Weitere Beamtenrechte sind in zahlreichen anderen Gesetzen

- wie z.B. dem Bundesbesoldungs-, dem Beamtenversorgungsgesetz und Verordnungen, z.B. den Beihilfevorschriften - geregelt.

All diese Rechte der Beamten haben eine doppelte Zweckbestimmung:

Zum einen sollen auch sie, genau wie die Beamtenpflichten, die Erfüllung der den Beamten obliegenden Aufgaben gewährleisten. So betrachtet stellen die Beamtenrechte auch keine Privilegien dar.¹⁾

Dies soll anhand des § 14 BBesG beispielhaft verdeutlicht werden. Dort ist normiert, daß die Beamten einen Anspruch auf regelmäßige Anpassung ihrer Besoldung "entsprechend der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse und unter Berücksichtigung der mit den Dienstaufgaben verbundenen Verantwortung" haben.

Dies stellt einen adäquaten Ausgleich für das den Beamten aus Gründen der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes nicht zustehende Streikrecht dar.²⁾

Zum anderen sollen die Beamtenrechte die schutzwürdigen Interessen des Beamten als eines abhängig Beschäftigten angemessen sichern.³⁾

Die Rechtsstellung der Beamten ist schon auf der Ebene Gesetzgeber - Beamter stark ausgestaltet. Das Grundgesetz gibt dem Beamten ein wirksames Instrument an die Hand, um überprüfen zu lassen, ob der Gesetzgeber seiner Verpflichtung aus Art. 33 V GG nachkommt, und seine, des Beamten, subjektive Rechte angemessen berücksichtigt:

1) so auch WIESE, Beamtenrecht, S. 165

2) Zum Streikrecht für Beamte kann im Rahmen dieser Arbeit keine Stellung genommen werden. Abgesehen davon, daß es den durch die Themenstellung vorgegebenen Rahmen sprengen würde, könnte angesichts der unüberschaubaren Literatur zu diesem Thema - wenn überhaupt - nur wenig Neues gesagt werden.

3) WIESE, Beamtenrecht, S. 165

Art. 93 Absatz 1 Nr. 4 a GG ¹⁾ berechtigt den Beamten, wegen einer behaupteten Verletzung seiner aus Art. 33 GG herrührenden Rechte Verfassungsbeschwerde zu erheben. Die dem Gesetzgeber aufgrund des Art. 33 V GG obliegende Fürsorgepflicht gegenüber den Beamten ist demnach als grundrechtsgleiches Individualrecht des Beamten verfassungsrechtlich geschützt.

Jedem Beamten ist somit die Möglichkeit eröffnet, beamtenrechtliche Maßnahmen des Gesetzgebers mit der Behauptung der Verletzung eigener, aus Art. 33 V GG fließender Rechte - gerichtlich überprüfen zu lassen.

b) Die Ausgestaltung auf der Ebene
Dienstherr - Beamter

Der Gesetzgeber hat, wie erwähnt, aufgrund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht die Rechte der Beamten u.a. in den Beamtengesetzen normiert.

Trotz dieser weitgehenden Verrechtlichung der Beamtenrechte ist es angesichts der zahlreichen unterschiedlichen Beamtenverhältnisse nicht möglich, sämtliche dem Beamten gegenüber bestehenden Einzelpflichten und die Art und Weise ihrer Erfüllung abschließend festzulegen.²⁾

Hier besteht das gleiche Problem wie bei der Konkretisierung der Beamtenpflichten.³⁾ Zwar hat der die Fürsorgepflicht konkretisierende Gesetzgeber die entsprechenden Kataloge in den Beamtengesetzen normiert. Dies ist aber angesichts der Komplexität der Beamtenverhältnisse nicht ausreichend.

1) eingefügt durch das 19.Änderungsgesetz vom 29.1.1969 (BGBl I, S. 97)

2) so auch BVerwGE 19, 48 (54)

3) vgl. oben S. 257 f.

So ist dann auch der jeweilige Dienstherr vom Gesetzgeber durch eine Generalklausel verpflichtet worden, den Beamten gegenüber Fürsorge auszuüben.¹⁾ Dies ist - neben der Verpflichtung des Dienstherrn zur Beachtung der normierten Beamtenrechte - erforderlich, weil gerade auf der Ebene Beamter - Dienstherr, also im täglichen Dienstbetrieb, eine Inpflichtnahme der Beamten erfolgt. Denn wegen der tatsächlichen Unmöglichkeit für den Gesetzgeber, von vornherein alle Pflichten der Beamten detailliert zu normieren²⁾, und der dadurch bedingten Möglichkeit des Dienstherrn, die Pflichten im konkreten Beamtenverhältnis "feinabzustimmen"³⁾, muß auch auf dieser Stufe ein Interessenausgleich zwischen Beamten und Dienstherrn erfolgen. Auch hier hat der Gesetzgeber sich des Instruments der Generalklausel bedient. Die hier interessierenden Generalklauseln des § 79 BBG und 48 BRRG lauten übereinstimmend: "Der Dienstherr hat im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl des Beamten und seiner Familie, auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, zu sorgen. Er schützt ihn bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung

1) §§ 48 BRRG, 79 BBG, 85 LBG NRW

2) vgl. oben S. 257

3) vgl. oben S. 258

als Beamter."¹⁾

aa) Die Terminologie in der Generalklausel

Zur Gesetzesterminologie sei hier noch folgendes angemerkt.

In der Literatur wird unter Berufung auf den Wortlaut des § 79 BBG häufig zwischen der "Fürsorgepflicht" des Satzes 1 und der "Schutzpflicht" in Satz 2 unterschieden und behauptet, daß sich die "Fürsorgepflicht" auf die Gestaltung des Innenverhältnisses und die "Schutzpflicht" auf das Außenverhältnis beziehe.²⁾ Dies trifft aber nicht zu. Denn Schutz des Beamten "bei seiner amtlichen Tätigkeit und in seiner Stellung" kann sehr wohl nicht nur gegenüber "Angriffen von außen"³⁾, sondern auch gegenüber solchen "von innen" erforderlich sein. Es ist nämlich zu beachten, daß Normadressat sowohl der "Schutzpflicht" als auch der "Fürsorgepflicht" allgemein der Dienstherr ist. Bei mehrstufig aufgebauten öffentlichen Verwaltungen richten sich demzufolge die dem Dienstherrn obliegenden, aus der Fürsorge- und Schutzpflicht resultierenden Verhaltensgesetze nicht nur an die unmittelbaren, sondern

1) Diese Formulierung ist von den Beamtengesetzen sämtlicher Bundesländer übernommen worden. Einige enthalten Zusätze, die jedoch keine Inhaltserweiterungen bedeuten. So beinhaltet z.B. § 85 LBG NRW noch die Verpflichtung des Dienstherrn, für die Fortbildung des Beamten Sorge zu tragen, oder § 87 II 1 Nds BG verpflichtet ihn, dem Beamten für die Ausübung des Amtes angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen. In der weiteren Untersuchung soll auf § 79 BBG abgestellt werden. Die Ausführungen beziehen sich dann sinngemäß auch auf das gleichlautende Landesrecht.

2) so z.B. SCHÜTZ, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Teil C, Rdn 3 zu § 85 LBG NRW

3) vgl. SCHÜTZ, Rdn 3 zu § 85 LBG NRW

auch an die höheren Vorgesetzten und Dienstvorgesetzten¹⁾ als personale Pflichtenträger.²⁾

Es sind auch noch andere Fälle denkbar, in denen sich Fürsorge- und Schutzverbindlichkeiten überlagern können³⁾, so daß eine Trennung zumindest für den Zweck dieser Arbeit nicht sinnvoll erscheint. Es soll daher im folgenden bezüglich des Gesamtinhaltes des § 79 BBG lediglich von der Fürsorgepflicht gesprochen werden.

bb) Die Bedeutung und Funktion
der Generalklausel

Wie schon angedeutet worden ist, kommt der Norm des § 79 BBG die Aufgabe einer Auffangnorm zu.⁴⁾ Unerheblich ist hierbei, daß die Vorschrift nur die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, nicht aber hingegen den Anspruch des Beamten auf Fürsorge beinhaltet. Denn § 79 BBG steht als Eingangsbestimmung an der Spitze des Unterabschnittes III 2 des Bundesbeamtengesetzes, in dem die Rechte des Beamten aufgeführt sind.

Auch auf der Ebene Dienstherr - Beamter ist letzterer gegen eine Verletzung der Fürsorgepflicht durch die Gewährung lückenlosen Rechtsschutzes gesichert.⁵⁾ So steht ihm (oder seinen Hinterbliebenen) ein Erfüllungsanspruch zu, wenn die Nichterfüllung der Fürsorgepflicht ermessensfehlerhaft ist, wobei ein Verschulden des Dienstherrn nicht erforderlich ist. Ist die Erfüllung

1) vgl. § 3 II BBG

2) SCHNELLENBACH, Inhalt der Fürsorge- und Schutzpflicht im Beamtenrecht, in: ZBR 1981, 304

3) SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 304

4) SCHEERBARTH/HÖFFKEN, § 8 II 2

5) BVerfGE 8, 332 (357)

BVerwGE 19, 48 (55)

unmöglich, tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs dann ein Schadensersatzanspruch, wenn der Dienstherr schuldhaft gehandelt hat.¹⁾

Wie schon angedeutet dient der in § 79 BBG zum Ausdruck kommende Fürsorgegedanke zur Feinabstimmung der dem Dienstherrn gegenüber dem Beamten obliegenden Pflichten. Er bietet u.a. auch die hinreichende rechtliche Handhabung von Beurteilungsermächtigungen und für die Ermessensausübung.²⁾ Dies geschieht aber nicht in der Weise, daß dadurch andere Rechtsgrundsätze oder schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit verdrängt würden. Vielmehr ist zwischen dem Fürsorgegedanken, der Dienst- und Interessenwahrungspflicht des Beamten und den notwendigen Belangen der Aufgabenerfüllung des öffentlichen Dienstes, zu der Beamte und Dienstherr berufen sind, mit dem Ziel eines vernünftigen Ausgleichs abzuwägen (arg. Art. 19II, 33 V GG)³⁾.

Aus der Charakterisierung des § 79 BBG und des in ihm enthaltenen Fürsorgegedankens als Generalklausel und Auffangnorm ergibt sich weiterhin, daß sie nur dann zur Anwendung gelangt, wenn keine anderweitige Sonderregelung besteht.

§ 79 BBG ist aber nur dann lex generalis und Anspruchsnorm des einzelnen Beamten, wenn und soweit ein abgegrenzter Teilbereich der Fürsorge abschließend geregelt ist.⁴⁾

Beispielhaft kann hierfür das in §§ 30 ff BeamtVG geregelte Unfallfürsorgerecht angeführt werden.

1) BATTIS, BBG, § 79 Anm. 3

2) SCHÜTZ, Rdn 3 zu § 85 LBG NRW

3) SCHÜTZ, Rdn 3 zu § 85 LBG NRW
WIEDOW, in: PLOG/WIEDOW/BECK, BBG, § 79 Rdn 1

4) BVerwGE 24, 92
BVerwG ZBR 1972, 221
SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 302

Ein Rückgriff auf die Fürsorgepflicht u.a. bei schädigenden Ereignissen, die zwar durch den Dienst hervorgerufen sind, denen aber die Merkmale des Unfalls fehlen, verbietet sich angesichts des in §§ 30 III und 46 II BeamtVG zum Ausdruck kommenden abschließenden Charakters des unfallfürsorgerechtlichen Anspruchs- und Leistungsgefüges. An diesem Ergebnis ist angesichts der klar zutage tretenden Regelungsabsicht des Gesetzes auch dann nichts zu ändern, wenn es dem Fürsorgegedanken besser entsprechen würde, entsprechend der Regelung des § 81 Soldatenversorgungsgesetz grundsätzlich nicht nur plötzliche, örtlich und zeitlich bestimmbare Ereignisse¹⁾, sondern auch andere dienstbedingte schädigende Einflüsse in die beamtenrechtliche Unfallfürsorge einzubeziehen.²⁾

Trotz der derogierenden Wirkung abschließender Spezialregelungen bleibt der Fürsorgegedanke aber stets mitbestimmendes Auslegungsmittel.³⁾

cc) Die Generalklausel und Art. 33 V GG

Eine weitere Besonderheit zu anderen einfach gesetzlichen Generalklauseln weist die Norm des § 79 BBG - wie schon ausgeführt - dadurch auf, daß sozusagen "hinter" ihr auf der "Verfassungsebene" die Fürsorgepflicht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 GG steht. Diese Tatsache brachte das BVerfG bei seiner bislang einzigen Entscheidung, die auf der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht gründet,⁴⁾ in einen argumentativen Zwiespalt.

1) vgl. § 31 I 1 BeamtVG

2) vgl. SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 302

3) SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 302 m.w.N. in FN 20 ff

4) BVerfGE 43, 154

Die Mehrheit des Gerichts wandte die Verfassungsnorm des Art. 33 V GG direkt auf den Einzelfall an, während die Richter WAND und NIEBLER in einem Sondervotum¹⁾ die Auffassung vertraten, daß dies nicht möglich sei.

Die Mehrheit gründete ihre Entscheidung auf die Tatsache, daß der Gesetzgeber in den Beamtengesetzen zu keiner konkreteren Fassung der Fürsorgepflicht gelangt, als im Grundgesetz formuliert. Daher könnten Exekutive und Gerichte den konkreten Fall nur mit einem Rückgriff auf die Verfassungsvorschrift selbst²⁾ entscheiden.

Im Sondervotum wird dagegen betont, daß die durch Art. 33 V GG geschützten Grundsätze des Berufsbeamtentums, also auch die Fürsorgepflicht und die sie konkretisierenden Normen der Beamtengesetze, nicht beziehungslos nebeneinander stünden. Vielmehr ergänze Art. 33 V GG diese einfach-gesetzlichen Vorschriften und sei bei deren Auslegung zu beachten. Aber primär wende sich Art. 33 V GG an den Gesetzgeber. Daher könne, wenn dieser seiner Pflicht, das einfache Beamtenrecht entsprechend den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums zu regeln, nachgekommen sei, eine diesen gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufende Rechtsanwendung im Einzelfall regelmäßig nicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 33 V GG enthalten. Für die Annahme, eine behördliche Einzelfallentscheidung oder das ihr vorausgegangene Verfahren verletze Art. 33 V GG sei daher grundsätzlich erst dann Raum, wenn die vorrangige Prüfung ergeben habe, daß die gesetzliche Regelung mit der genannten Vorschrift unvereinbar sei, der Gesetzgeber dem ihm erteilten Regelungs-

1) BVerfGE 43, 154 (177)

2) BVerfGE 43, 154 (169)

auftrag nur zum Teil nachgekommen sei, und sich die vorhandene "Lücke" nicht aus dem Sinnzusammenhang der einfach-rechtlichen Norm heraus unter Berücksichtigung des Norminhalts des Art. 33 V GG schließen lasse, oder er es überhaupt unterlassen habe, eine durch jene Bestimmung vorgeschriebene Regelung zu schaffen.¹⁾

Die von den Richtern WAND und NIEBLER vertretene Auslegung des Art. 33 V GG entspricht der auch in dieser Arbeit diesbezüglich vertretenen Auffassung und wird durch die aufgezeigte Entstehungsgeschichte der Norm ²⁾ erhärtet.

Hieraus folgt, daß nicht jede Ausprägung der einfach-rechtlichen Fürsorgepflicht Ausfluß eines zu beachtenden hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums i.S.d. Art. 33 V GG ist.

Daher ist es den Gerichten grundsätzlich verwehrt, mit einem Rückgriff auf die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage Einzelfallhärten zu beseitigen, die sich aus dem pauschalierenden und typisierenden Charakter der in der Verordnung etc. enthaltenen Regelung ergeben.^{3) + 4)}

1) BVerfGE 43, 154 (178, 179)

vgl. zu dieser Entscheidung auch:

ROTTMANN, Der Beamte als Staatsbürger, S. 19 ff

2) s.o.S. 179 - 181

3) so auch SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 303

4) Dies ist für das Beihilferecht vom BVerwG mit Urteil vom 18. Juni 1980 - Az 6 C 19/79 - in DÖV 1981, 101 in sachlicher Übereinstimmung mit dem soeben erwähnten Sondervotum der Bundesverfassungsrichter WAND und NIEBLER klargestellt worden. Die Gewährung von Beihilfen hat sich erst "in jüngster Zeit" herausgebildet; sie ist deshalb, für sich betrachtet, nicht durch Art. 33 V GG verfassungsmäßig gewährleistet. vgl.: BVerwGE 44, 249 BVerwG DÖV 1981, 101 nunmehr auch: BVerfG DÖV 1981, 670

2. Die Einzelpflichten aus dem Fürsorgegedanken im Beamtenrecht

Genauso wie im Arbeitsrecht herrscht auch in der beamtenrechtlichen Literatur die Übung, nach der Feststellung, daß eine erschöpfende Aufzählung der Einzelpflichten nicht möglich sei, einen Katalog von Einzelverpflichtungen des Dienstherrn anzuführen, die vorrangig von der Rechtsprechung aus dem Fürsorgegedanken entwickelt oder zumindest aber mit diesem in Verbindung gebracht worden sind.¹⁾

a) Die Ableitung von Einzelpflichten aus dem Fürsorgegedanken und die Kritik daran

Dabei wird der Fürsorgegedanke derart in Anspruch genommen, daß - wie SCHNELLENBACH²⁾ zu Recht bemerkt - eine rechtliche und rechtspolitisch bedenkliche Sinnentleerung des Fürsorgeprinzips zu befürchten ist.

So wird beispielsweise aus der Fürsorgepflicht abgeleitet, daß der Dienstherr verpflichtet sei, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten,³⁾ und Ermessensentscheidungen unvoreingenommen, sachlich und unter gebührender Berücksichtigung der wohlverstandenen Interessen des Beamten zu treffen.⁴⁾

1) so z.B. BATTIS, BBG, § 79 Anm. 2 b
SCHEERBARTH/HÖFFKEN, § 17 III 2
SCHÜTZ, § 85 LBG NRW Rdn 7 ff
WIEDOW, in: PLOG/WIEDOW/BECK, BBG, § 79 Rdn 5 ff

2) SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 303

3) vgl. z.B. BGH ZBR 1953, 92
OVG Hamburg, RiA 1963, 136

4) BVerfGE 43, 154
BGH Z 21, 256
Hess VGH ZBR 1960, 117

Es ist unbestritten, daß der Dienstherr in dieser Art und Weise zu verfahren hat. Diese Verpflichtungen resultieren aber nicht aus der ihm obliegenden Fürsorgepflicht.

Daß der Dienstherr zur Beachtung der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet ist, ergibt sich nicht aus der einfach-rechtlichen Fürsorgepflicht oder aus dem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums zur Fürsorge gegenüber den Beamten, sondern aus der in dieser Arbeit schon mehrfach erwähnten Norm des Art. 20 III GG. Die öffentliche Verwaltung ist danach grundsätzlich und jedermann, also auch ihren eigenen Beamten, gegenüber verpflichtet, nach Recht und Gesetz zu verfahren.

Gleiches gilt bezüglich der oben dargestellten Anforderungen an Ermessensentscheidungen im Beamtenverhältnis. Denn diese unterscheiden sich nicht von den in Art. 3 und 20 III GG normierten Anforderungen. Was gebundene Entscheidungen und Ermessensentscheidungen betrifft, können neben diese Normen noch die Absätze 2 und 3 des Art. 33 GG, nicht hingegen jedoch Art. 33 V GG treten. Eine auf dem Fürsorgegedanken basierende und diesen einbeziehende Argumentation ist nicht damit zu rechtfertigen, daß Art. 33 V GG aus Spezialitätsgründen in Betracht komme. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind auf einen Kernbestand überkommener Strukturprinzipien, die gerade für das Berufsbeamtenverhältnis prägend sind, beschränkt.¹⁾ Daher ist Art. 33 V GG bezüglich der der Exekutive in ihrer Funktion als Dienstherr obliegenden Verpflichtung, auch den Beamten gegenüber nach Recht und Gesetz und unter Wahrung des Gleichheitssatzes - gegebenenfalls in seiner Ausprägung durch

1) vgl. oben S. 186 f.

Art. 33 II und 33 III GG - zu verfahren, schon tatbestandlich nicht erfüllt.¹⁾

Auch bei Beamten zustehenden Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung ist ein Rückgriff auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn entbehrlich. Bekanntlich hängt die Frage, ob sich aus einer gesetzlichen Norm ein subjektiv-öffentliches Recht des Beamten auf ein konkretes Verwaltungshandeln oder aber wenigstens auf fehlerfreie Ermessensausübung ergibt, ausschließlich davon ab, ob die Vorschrift nur dem öffentlichen Interesse oder zumindest auch dem Interesse des Beamten zu dienen bestimmt ist.²⁾ Die Beantwortung dieser Frage kann nur durch Auslegung der konkreten Norm erfolgen. Die meist nur formelhafte Anknüpfung an die Fürsorgepflicht in der Absicht, auf diesem Wege eine Anspruchsgrundlage für das Erfüllungsbegehren zu erlangen, erweist sich als überflüssig. So wurde schon im grundlegenden Urteil des BVerwG aus dem Jahre 1960³⁾ der Schadensersatzanspruch aus Verletzung der Fürsorgepflicht im Kern aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz abgeleitet, wonach ein klagbarer Erfüllungsanspruch, dem schuldhaft nicht entsprochen wurde, der "Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch" fähig sein müsse.⁴⁾ Für eine "Einschränkung der Beamtenrechte" dahingehend, daß dieser allgemeine Rechtsgrundsatz bei Ansprüchen aus dem Beamtenverhältnis ausnahmsweise nicht gelte, sei nichts ersichtlich.

Daraus ergibt sich, daß eine solche Argumentation in ihrer Art nicht davon abhängt, worauf der Er-

1) so auch SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 303

2) BVerfGE 27, 297
WOLFF/BACHOF I, § 43 I b

3) BVerwGE 13, 17

4) WEIMAR, Kann der Beamte aus der Verletzung der Fürsorgepflicht an den Dienstherrn Schadensersatzansprüche herleiten?, in: RiA 1960, 311

füllungsanspruch oder der diesem entsprechende Schadensersatzanspruch gestützt wurden. Eliminiert man angesichts dieses Faktums diejenigen Pflichten des Dienstherrn, die ihren Rechtsgrund aus anderen Rechtsprinzipien als dem der Fürsorgepflicht ableiten, so verbleiben im wesentlichen die folgenden Pflichtengruppen:

- die Anhörungs- und Beratungspflicht
- die Förderungspflicht
- die Schadensabwendungspflicht
- die Beistandspflicht bei dienstlich bedingten und außerdienstlichen Belastungen.

Diese Gruppen sollen und können hier nicht im einzelnen untersucht werden, zumal dies auch nicht von der Aufgabenstellung dieser Arbeit umfaßt wird.¹⁾ Zudem könnten hier nicht alle von Literatur und Rechtsprechung aus der Fürsorgepflicht hergeleiteten Dienstherrnenpflichten auch nur annähernd erschöpfend aufgezählt und behandelt werden.

b) Die Schadensabwendungspflicht als besondere
Ausprägung der Fürsorgepflicht

Es soll hier jedoch die Schadensabwendungspflicht beleuchtet werden, weil hier eventuell bestehende Gemeinsamkeiten zur arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht aufgezeigt werden können.

Der Dienstherr ist verpflichtet, Schäden von den Rechtsgütern des Beamten abzuwenden, soweit die möglichen Gefährdungen mit der pflichtgemäßen Aufgabenerfüllung²⁾ oder seiner Stellung als

1) vgl.hierzu: WIESE, Beamtenrecht, S. 166 ff
SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 304 ff
BATTIS, BBG, § 79 ff
v.d.HEIDE, ZBR 1955, 321 ff (364 ff)

2) § 79 Satz 2 BBG: "amtliche Tätigkeit"

Beamter" ¹⁾ in Zusammenhang stehen, und er der Fürsorge (und des Schutzes) bedarf.

So hat der Dienstherr das Leben und die Gesundheit des Beamten zu schützen. ²⁾

Bereits das Reichsgericht hatte mehrfach entschieden, daß der Dienstherr den Beamten nicht in einer Weise belasten dürfe, die dessen Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit deutlich übersteige und ihn geistig und körperlich hemme und lähme. ³⁾ Sei der Beamte durch Krankheit geschwächt, ohne dienstunfähig zu sein, müsse hierauf Rücksicht genommen werden. ⁴⁾ So darf der Dienstherr die Gesundheit des Beamten nicht durch Arbeitsüberlastung ⁵⁾ oder durch unangemessene Arbeitseinteilung beeinträchtigen. ⁶⁾ Mögliche Gesundheitsbeeinträchtigungen hat der Dienstherr auch bei Versetzungen ⁷⁾ und Umsetzungen ⁸⁾ zu beachten und in seine Ermessensermäßigungen einzubeziehen. Allerdings bedeutet dies nicht, daß der Beamte gegen solche Maßnahmen erfolgreich geltend machen kann, er könne sich damit (aus welchen Gründen auch immer) innerlich nicht abfinden und sei wegen dieser psychischen Belastung erkrankt oder befürchte, zu erkranken. ⁹⁾

1) vgl. § 79 Satz 2 BBG

2) BVerwGE 15, 141
v.d.HEIDE, ZBR 1955, 364
BATTIS, BBG, § 79 Anm. 2 b

3) RG Z 126, 362
RG Z 146, 369

4) RG Z 104, 23

5) VGH München, ZBR 1962, 326

6) VG Sigmaringen ZBR 1976, 157

7) BVerwG ZBR 1969, 47 (ungünstiger Ort)
BUCHHOLZ 232, § 79 BBG, Nr. 11

8) BUCHHOLZ 232, § 79 BBG, Nr. 44

9) SCHNELLENBACH, ZBR 1981, 306

Aufgrund der Fürsorgepflicht in Form der Schadensabwendungspflicht hat der Dienstherr außerdem Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um die Gesundheit des Beamten - soweit möglich und mit den dienstlichen Belangen vereinbar¹⁾ - vor mit der Dienstverrichtung verbundenen Gefahren zu bewahren. So ist von ihm sicherzustellen, daß diejenigen Beamten, die hinsichtlich ihres pflichtgemäßen dienstlichen Verhaltens oder wegen ihrer Beamteneigenschaft voraussehbaren Angriffen ausgesetzt sind, mit geeigneten Verteidigungsmitteln ausgestattet werden, deren Einsatz jedoch durch klare und unmißverständliche Weisungen geregelt sein muß. Die Fürsorgepflicht läßt es nicht zu, daß vermeidbare Verletzungen pflichtgemäß handelnder Beamter durch Rechtsbrecher aus Opportunitätserwägungen in Kauf genommen werden.

Was im Arbeitsrecht durch § 618 BGB gefordert wird, soll im Beamtenrecht Ausfluß der Fürsorgepflicht sein, nämlich die ordnungsgemäße Beschaffenheit der Diensträume einschließlich ihrer Zugänge, der Arbeitsplätze sowie der Dienstgeräte.²⁾ Hierunter fällt eventuell - bei Beschäftigung mehrerer Beamter in einem Raum - ein Rauchverbot (Gebot der zwischenmenschlichen Rücksichtnahme und Gesundheit anderer).³⁾

Unberechtigten Angriffen auf die Ehre des Beamten im Zusammenhang mit seiner dienstlichen Tätigkeit hat der Dienstherr zu begegnen. So muß er sich bei unwahren Darstellungen über die Amtsführung

1) vgl. v.d.HEIDE, ZBR 1955, 364

2) vgl. statt aller WIEDOW, in: PLOG/WIEDOW/BECK, § 79 BBG Rdn 4

3) vgl. die Nachweise bei: BATTIS, BBG, § 79 Anm. 2b SCHNUPP, Raucher - Nichtraucher Rauchverbot am Arbeitsplatz? in: DÖD 1981, 97

eines Beamten in den Medien mit presserechtlichen Gegendarstellungs- oder Berichtigungsansprüchen vor diesen stellen.¹⁾

Bei Beleidigung seiner Untergebenen bezüglich oder während dessen Dienstausübung bietet § 194 StGB dem Dienstherrn ein eigenes Strafantragsrecht.

Die Schadensabwendungspflicht umfaßt auch die Abwehr politischer Einflußnahme und sonstiger unzulässiger Einwirkungen - nicht nur "außenstehender Stellen" ²⁾ auf die Willensfreiheit des Beamten, die bestimmt oder geeignet sind, ihn in der pflichtgemäßen Verwaltung seines Amtes zu beeinträchtigen.³⁾

Bezüglich der Einbringung von Gegenständen des Beamten durch diesen in den dienstlichen Bereich, die er für seine Dienstgeschäfte benötigt oder aber zumindest im Rahmen des Üblichen mit sich führt, trifft den Dienstherrn zwar auch bezüglich des Eigentums-schutzes die Pflicht, die ordnungsgemäße Beschaffenheit der Diensträume, des Arbeitsplatzes und der Dienstgeräte zu gewährleisten.

Diese Pflicht folgt aber nicht überall und immer aus der Fürsorgepflicht: Für ihren Geltungsbereich verdrängen z.B. § 32 BeamtVG wie § 91 LBG NRW die allgemeine Fürsorgepflicht.

Aus den soeben aufgezählten Beispielen ergibt sich, daß sich die Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers im Arbeitsrecht und die dem Dienstherrn aufgrund der Generalklausel des § 79 BBG obliegende Wahrung der Interessen des Beamten nur durch die sich aus der Unterschiedlichkeit im Arbeits- und Beamtenrecht ergebenden Aufgaben unterscheiden.

1) SCHEERBARTH/HÖFFKEN, § 17 III 3 b

2) so jedoch SCHEERBARTH/HÖFFKEN, § 17 III 3 b

3) vgl. § 98 Satz 3 des LBG Baden-Württemberg

3. Zusammenfassung

Als Ergebnis bleibt damit folgendes festzuhalten:

Da das Beamtenverhältnis ein gegenseitiges Rechtsverhältnis ist und der Gesetzgeber die Pflichten der Beamten, die wegen dieser Machtbefugnis schutzbedürftig sind, konkretisiert, ist der Gesetzgeber aufgrund der Fürsorgepflicht als hergebrachtem Grundsatz des Berufsbeamtentums verpflichtet, den Beamten zu schützen, dessen Interessen zu wahren. Dem ist der Gesetzgeber durch die Normierung der Beamtenrechte in den Beamtengesetzen nachgekommen. Zur Abwehr unverhältnismäßiger und einseitiger, dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes nicht entsprechender Inpflichtnahme durch den Gesetzgeber ist den Beamten durch Art. 93 I Nr. 4 a GG die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde eingeräumt worden. Damit sind die Rechte der Beamten aus Art. 33 GG zu grundrechtsgleichen Individualrechten erhoben worden. Insofern entspricht durchaus auf der Ebene Gesetzgeber - Beamter die Fürsorgepflicht der Treuepflicht (die Fürsorgepflicht als Korrelat der Treuepflicht).

Ebenso wie bei der Treuepflicht ist es dem Gesetzgeber unmöglich, alle Rechte der Beamten von vornherein zu konkretisieren.

Da der jeweilige Dienstherr für das konkrete Beamtenverhältnis die den Beamten obliegenden Verpflichtungen aufgrund einer Generalklausel - z.B. § 52 BBG - feinabstimmen kann, muß dem Beamten auf dieser Ebene ein gleichartiges Recht wie auf der Ebene Gesetzgeber - Beamter zustehen.

Deshalb ist der jeweilige Dienstherr des Beamten vom Gesetzgeber ebenfalls durch eine Generalklausel - z.B. § 79 BBG - verpflichtet worden, die Interessen und Rechte des Beamten zu wahren.

Auch auf dieser Ebene entsprechen sich die dem Beamten und dem Dienstherrn aufgrund der jeweiligen Generalklauseln obliegenden Pflichten (auch hier also Fürsorgepflicht als Korrelat zur Treuepflicht).

Auf der Ebene Dienstherr - Beamter unterscheidet sich die Fürsorgepflicht des Dienstherrn im Beamtenrecht von der Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers im Arbeitsrecht nur hinsichtlich der Verschiedenartigkeit der im öffentlichen Dienst zu erfüllenden Aufgaben.

Sollte der Dienstherr der ihm aufgrund der Generalklausel obliegenden Pflicht, für das Wohl des Beamten und seiner Familie zu sorgen, nicht nachkommen, steht dem Beamten wegen Verletzung dieser Dienstherrnenpflicht der Rechtsweg offen.

3. Teil: E X K U R S :

Das Recht der Arbeiter und Ange-
stellten im öffentlichen Dienst

Neben den Beamten sind auch noch Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst beschäftigt. Dies ist angesichts der Ausdehnung der öffentlichen Verwaltung - vor allem der Leistungsverwaltung - für deren Funktionsfähigkeit auch unabdingbar.

Arbeiter und Angestellte stehen in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Deshalb gelten für sie bezüglich ihrer Leistungspflichten die im arbeitsrechtlichen Teil dieser Arbeit aufgezeigten Grundsätze. Aufgrund der Tatsache, daß auch sie zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Verwaltung mit all ihren Besonderheiten - im Gegensatz zur privatwirtschaftlichen Betätigung - beitragen, ist eine Modifizierung des für sie geltenden Arbeitsrechts erforderlich.

Rechtsquellen sind daher für die Angestellten im öffentlichen Dienst - neben den arbeitsrechtlichen Vorschriften - vor allem der zwischen der Bundesrepublik, der Tarifgemeinschaft deutscher Länder sowie der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände einerseits und der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr sowie der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft andererseits am 23. Februar 1961 abgeschlossene Tarifvertrag (BAT). Daneben existieren für besondere Angestelltengruppen - wie z.B. für künstlerisches Personal - noch besondere Tarifverträge nebst allgemeinen, gemeinsamen und besonderen Dienstordnungen. Für die sog. Dienstordnungsangestellten der Sozialversicherungsträger gelten die dem Beamtenrecht angenäherten Regelungen ihres privatrechtlichen Rechtsverhältnisses, §§ 349 ff, 690 ff, 978, 1147 RVO, §§ 185 ff RKnG.

Das Recht der Arbeiter im öffentlichen Dienst wird für solche des Bundes durch den Manteltarifvertrag vom 27. Februar 1964¹⁾ (MTB II), der Länder durch den Manteltarifvertrag vom 27. Februar 1964²⁾ (MTL II), der Gemeinden durch den Bundesmanteltarifvertrag vom 31. Januar 1962 (BMT- G II) jeweils mit ergänzenden Tarifverträgen für besondere Gruppen von Dienstnehmern geregelt.

So wird sowohl den Angestellten durch § 8 I 1 BAT als auch den Arbeitern durch § 9 IX 1 MTB II zur Pflicht gemacht, sich so zu verhalten, wie es von den Angehörigen des öffentlichen Dienstes erwartet wird. Weiterhin soll sich der Arbeiter zur demokratischen Staatsauffassung bekennen, § 9 IX 2 MTB, während sich der Angestellte in seinem gesamten Verhalten zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen muß, § 8 I 2 BAT.

Ferner sind sowohl Angestellte als auch Arbeiter verpflichtet, ein dem Eid des Beamten inhaltlich nachempfundenenes, aber diesem gegenüber abgeschwächtes Gelöbnis zu leisten, § 6 BAT, 9 IX MTB II.

Schon die Aufzählung dieser drei - allerdings wichtigen - Beispiele zeigt, daß die dem Arbeitnehmer neben seiner Arbeitsleistung obliegenden Pflichten hier in einer Weise modifiziert sind, wie es die Besonderheiten des öffentlichen Dienstes und dessen Funktionsaufrechterhaltung erfordern. Gleichzeitig wird hierdurch das im arbeitsrechtlichen Teil gefundene Ergebnis gestützt, daß nämlich je nach der Art des Schuldverhältnisses die neben der Hauptleistung zu erbringenden Pflichten unterschiedlich sein können.

Diese kurze Darstellung soll zumindest mit der Erwähnung abgeschlossen werden, daß es neben dieser

1) GMBI 175

2) nw MinBl 581

als sachgerecht erscheinenden Modifizierung von Arbeitnehmerpflichten im öffentlichen Dienst schon seit langer Zeit eine Erscheinungsform gibt, die die Diskussion um das Für und Wider die Schaffung eines einheitlichen Dienstrechts für alle im öffentlichen Dienst Beschäftigten ständig am Leben erhält. Gemeint ist die Angleichung des Rechts der Angestellten im öffentlichen Dienst an das Beamtenrecht. An dieser Stelle soll und kann nicht detailliert zu allen Aspekten dieses Problems Stellung genommen werden.¹⁾

Es soll hier nur in aller Kürze auf die Problematik bezüglich der beamtenrechtlichen Treuepflicht eingegangen werden.

Augenfällig ist die teilweise große Übereinstimmung von BAT-Regelungen mit beamtenrechtlichen Normen. So verweist der BAT ausdrücklich auf die Regelung der Nebentätigkeit (§ 11 BAT), der Ortszuschläge (§ 29 BAT), der Reisekosten (§ 42 BAT), der Trennungsentschädigung (§ 44 BAT) und des Zusatzurlaubs (§ 49 BAT).

Gleichbehandelt werden Beamte und öffentliche Dienstnehmer bei der Amtshaftung (Art. 34 GG), beim Regreß (§ 78 II BBG, 14 BAT) und bei den strafrechtlichen Amtsdelikten (§ 11 I Nr. 2, 4 StGB).

Weitere Übereinstimmungen finden sich bezüglich der Versetzung und Abordnung (§ 26 BBG, § 12 BAT) und der Personalakten (§ 90 BBG, § 13 BAT).

1) vgl. hierzu vor allem:

STUDIENKOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ÖFFENTLICHEN DIENSTRECHTS, Bericht der Kommission

BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis

MATTHEY, Zur Rechtsangleichung bei Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst

HELMERS, Die Beschränkung von Grundrechten im Dienstverhältnis der Staatsangestellten und die Einflüsse des Arbeitsrechts auf das öffentliche Dienstrecht

Dies alles resultiert nicht daraus, daß im BAT "in falschem Perfektionismus"¹⁾ einfach Beamtenrecht plagiiert wird, sondern daß in immer größerer Zahl auch Angestellte Beamtentätigkeiten verrichten. Es ist heute keine Seltenheit, daß sich in einem Arbeitsraum bei der Verrichtung gleicher Arbeit Angestellte und Beamte gegenüber sitzen. Mag dies auch aus der Notwendigkeit resultieren, einerseits die dem öffentlichen Dienst gestellten Aufgaben sachgerecht erfüllen zu müssen, andererseits aber wegen des Stellenplans hierfür nicht genügend Beamte zur Verfügung gestellt zu bekommen. Fest steht jedenfalls, daß das in Art. 33 IV GG aufgestellte Kriterium "hoheitliche Befugnisse" zur Abgrenzung der Beamten von den Angestellten (und Arbeitern) im öffentlichen Dienst seine Aufgabe nicht erfüllt hat.²⁾ Dies mag auch an der ständigen Ausweitung der Leistungsverwaltung liegen, deren Aufgaben zunächst als "nicht ständige Aufgaben" i.S.d. Art. 33 IV GG angesehen wurden.

Dies alles ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Gesetzgeber gerade die Beamten vorrangig zur Erfüllung von Staatsaufgaben bestimmt hat. Ist es einerseits verständlich, daß mit der de facto Ausübung staatlicher Gewalt durch Angestellte auch das Bedürfnis nach einer den beamtenrechtlichen Regelungen entsprechenden Sicherheit im Interesse einer funktionsfähigen Verwaltung wächst, so wäre andererseits eine "beamtenrechtliche" Inpflichtnahme der Angestellten mißbräuchlich, da sie deren grundrechtsgeschützten Freiheitsraum in unzulässigem Maße beschränken würde. Denn bei der gegenwärtigen Rechtslage ist dem Gesetzgeber bei den

1) BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB öffentlicher Dienst

2) s.O.S. 225

Angestellten - anders als bei den Beamten - der "kurze und sichere Zugriff auf die Gestaltung des Status im Wege des Gesetzes verwehrt."¹⁾ Selbst wenn sich die die rechtliche Ausgestaltung des Angestelltenverhältnisses regelnden Tarifvertragsparteien diesbezüglich einigen würden, bliebe fraglich, ob ihnen die den Angestellten durch die Verfassung garantierten Rechte zur Disposition ständen. Eine Disposition ergibt sich jedenfalls nicht aus Art. 33 IV GG, da diese Norm - wie bereits erwähnt - keinerlei Garantie für einen Status der Angestellten im öffentlichen Dienst enthält.

Somit steht fest, daß nach der gegenwärtigen Rechtslage die für die Ausübung staatlicher Gewalt vom Verfassungsgesetzgeber für erforderlich gehaltene personelle Sicherung bezüglich der Angestellten im öffentlichen Dienst nur durch "Verbeamtung" derselben - soweit diese Beamtenfunktionen ausüben - erreicht werden kann.

Ein anderer Weg, auf den hier nicht vertiefend eingegangen werden soll, wäre die Einführung des von der (knappen) Minderheit der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts vorgeschlagenen "Gesetz-Tarif-Modells",²⁾ bei dem die finanziellen Leistungen einschließlich des Bezahlungssystems, der Höhe der Bezahlung sowie die Zusatzversorgung als auch der Urlaub und die Bemessung der regelmäßigen Arbeitszeit durch Tarifvertrag für alle Beschäftigten im öffentlichen Dienst geregelt werden sollen, während die übrigen Gegenstände des Dienstrechts durch Gesetz ausgestaltet werden sollen.

1) LECHLER, ZBR 1972, 233

2) STUDIENKOMMISSION FÜR DIE REFORM DES ÖFFENTLICHEN DIENSTRECHTS, Bericht der Kommission, Rdn 914 ff

4. Teil: ZUSAMMENFASSUNG DER UNTERSUCHUNGS-
 ERGEBNISSE

Nachdem in dem Exkurs die Besonderheiten des Rechts der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst aufgezeigt worden sind, soll nachfolgend das Ergebnis der Arbeit in gedrängter Form zusammengefaßt werden.

Aufgabe der Beamten ist die unverfälschte Umsetzung der parlamentarischen Gemeinwohlsentscheidungen in konkrete Verwaltungstätigkeit.

Wegen dieser Aufgabenübertragung hat es der Grundgesetzgeber für notwendig erachtet, den Gesetzgeber durch Art. 33 V GG zur rechtlichen Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses zu verpflichten.

Das Beamtenverhältnis ist ein Rechtsverhältnis in der Form eines Sonderstatusverhältnisses, weil es die aus dem allgemeinen Staatsbürgerstatus folgenden Rechte modifiziert. Dies bedeutet nicht, daß der Staatsbürger mit dem Eintritt in das Beamtenverhältnis einer unbeschränkten Inpflichtnahme unterliegt. Der Gesetzgeber hat vielmehr die Rechte und Pflichten der Beamten in den Beamtengesetzen normiert. Nur aus diesen wird der Beamte unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Sie stellen sich als Konkretisierungen der allgemeinen Fürsorge- und Treuepflicht dar, die hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums sind und ihre Rechtsgrundlage in Art. 33 V GG finden.

Die allgemeine Treuepflicht verpflichtet den Beamten nicht. Sie ist für den Gesetzgeber Rechtsgrund zur Schaffung neuer, besonderer - bislang noch nicht normierter - Pflichten und eventueller Grundrechtsbeschränkungen im Rahmen der verfassungsrechtlich vorgegebenen Grenzen, zur Aufrechterhaltung der

Funktionsfähigkeit' des öffentlichen Dienstes.

Gleichzeitig ist der Gesetzgeber aufgrund der ihm obliegenden Fürsorgepflicht verpflichtet, den Beamten zu schützen und dessen Interessen zu wahren. Zur Abwehr unverhältnismäßiger und einseitiger, dem Erfordernis der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes nicht entsprechender Inpflichtnahme durch den Gesetzgeber ist dem Beamten durch Art. 93 I Nr. 4 a GG die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde eingeräumt worden, zumal ihm - im Gegensatz zu den Arbeitnehmern - kein Streikrecht zur Durchsetzung seiner Rechte und Forderungen zusteht.

All diese aus der Aufgabenstellung des öffentlichen Dienstes resultierenden Besonderheiten existieren im Arbeitsrecht nicht.

Das Arbeitsverhältnis ist ein privatrechtliches, vertragliches Schuldverhältnis, dessen Ausgestaltung grundsätzlich den Arbeitsvertragsparteien überlassen ist, wobei ihnen - im Gegensatz zum Beamtenverhältnis - die Disposition über die Grundrechte des jeweils anderen Vertragspartners nicht zusteht.

Neben den Hauptpflichten existieren in jedem Schuldverhältnis auch Nebenpflichten. Diese haben die Aufgabe, die Erfüllung der durch die Leistungspflichten bestimmten Leistungen zu sichern. Diese Nebenpflichten sind dogmatisch darauf zurückzuführen, daß Schuldverhältnisse eine vom Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beherrschte Sonderverbindung darstellen.

Demzufolge sind auch die Arbeitsvertragsparteien verpflichtet, die Interessen des jeweils anderen Vertragspartners zu wahren.

Diese obligatorischen Interessenwahrungspflichten

die früher, als das Arbeitsverhältnis noch als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis angesehen wurde, als Fürsorge- und Treuepflicht bezeichnet wurden, sind trotz der Existenz unterschiedlichster Arbeitsverhältnisse typisierbar. Angesichts der Verschiedenartigkeit der einzelnen Arbeitsverhältnisse ist es unmöglich, auf legislativem oder tarifvertraglichem Wege oder durch Betriebsvereinbarungen alle den Arbeitsvertragsparteien obliegenden Interessenwahrungspflichten zu regeln. Daher ist ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 242 BGB unumgänglich. Rechtsgrundlage der arbeitsvertraglichen Interessenwahrungspflicht ist demnach § 242 BGB, zumal sich auch die "Fürsorgepflichtnorm" des § 618 BGB als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt.

Ähnliche Probleme existieren auch im Beamtenrecht. Auch dem Gesetzgeber ist es angesichts der bestehenden Vielzahl verschiedenartigster Beamtenverhältnisse unmöglich, auf legislativem Wege von vornherein alle Rechte und Pflichten der Beamten zu normieren. Er hat daher Generalklauseln geschaffen (z.B. §§ 52 I, 79 BBG), die es dem Dienstherrn einerseits ermöglichen, die Pflichten des einzelnen Beamten "feinabzustimmen", andererseits ihn verpflichten, die Beamteninteressen zu berücksichtigen. Dies gilt vor allem für die Bestimmung von Nebenpflichten im Beamtenverhältnis. Insoweit besteht kein Unterschied zur Herleitung von Nebenpflichten im Arbeitsrecht.

Anders als im Arbeitsrecht steht aber hinter den beamtenrechtlichen Generalklauseln das Strukturprinzip "allgemeine Fürsorge- und Treuepflicht", das dem Arbeitsverhältnis völlig fremd ist. Somit bleibt festzuhalten, daß die allgemeine Für-

sorge- und Treuepflicht ein aus der Aufgabenstellung der Beamten resultierendes Spezifikum des Beamtenrechts ist, und mit den Interessenwahrungspflichten der Arbeitsvertragsparteien nicht vergleichbar ist. Eine Parallele besteht nur hinsichtlich der Schwierigkeit, in beiden Rechtsgebieten von vornherein alle Rechte und Pflichten der jeweils Beteiligten zu regeln, so daß ein Rückgriff auf Generalklauseln unumgänglich ist.

Lebenslauf

Ich wurde am 12. Oktober 1951 als Sohn des Dipl.-Ing. Heinz Westermann und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Lühning, in Bad Rothenfelde geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule wechselte ich Ostern 1962 auf das Ernst-Moritz-Arndt-Gymnasium in Osnabrück.

Nach bestandenem Abitur im Mai 1971 leistete ich meinen Wehrdienst.

Von 1973 an studierte ich Rechtswissenschaften an der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster.

Am 9.8.1978 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Vom Wintersemester 1978/79 an war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Fachbereich Rechtswissenschaften der Westfälischen-Wilhelms-Universität zu Münster tätig.

Seit November 1980 bin ich im Referendardienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.

Ich bin mit der Ass.jur. Sigrid Westermann verheiratet.



